



Roj: **SAP B 3698/2020 - ECLI: ES:APB:2020:3698**

Id Cendoj: **08019370122020100245**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **12**

Fecha: **25/05/2020**

Nº de Recurso: **375/2019**

Nº de Resolución: **288/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JOSE PASCUAL ORTUÑO MUÑOZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección nº 12 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Calle Roger de Flor, 62-68, planta baixa - Barcelona - C.P.: 08013

TEL.: 938294443

FAX: 938294450

EMAIL:aps12.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801942120168186365

Recurso de apelación 375/2019 -R2

Materia: Proceso especial filiación, paternidad y maternidad

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 45 de Barcelona (Familia)

Procedimiento de origen: Filiación 702/2016

Parte recurrente/Solicitante: Guillermo

Procurador/a: Sonia Oria Perez

Abogado/a: ROSA MARIA HORTELANO FLORES

Parte recurrida: Tania

Procurador/a: Juan Alvaro Ferrer Pons

Abogado/a: JORGE GRAUPERA EXPOSITO

SENTENCIA N° 288/2020

Magistrados:

D José Pascual Ortuño Muñoz (Ponente) D^a María Isabel Tomás García D^a Raquel Alastruey Gracia

Barcelona, 25 de mayo de 2020

Ponente: D José Pascual Ortuño Muñoz

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 2 de abril de 2019 se han recibido los autos de Filiación 702/2016 remitidos por Juzgado de Primera Instancia nº 45 de Barcelona (Familia) a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sonia Oria Perez, en nombre y representación de Guillermo contra la Sentencia de 08/11/2018 y en el que consta como parte apelada el Procurador Juan Alvaro Ferrer Pons, en nombre y representación de Tania .



SEGUNDO.- El contenido del fallo de la Sentencia contra la que se ha interpuesto el recurso es el siguiente: "Estimar la demanda interpuesta por la representación de D^a Tania , respecto de la impugnación de la filiación no matrimonial contra DON Guillermo representado por la procuradora SONIA ORIA PEREZ siendo también codemandada DOÑA Amalia representada por la procuradora MARÍA NIETO VILLALPANDO y declaro que el menor Maximo no es hijo biológico de D. Guillermo y, en consecuencia acuerdo que tras el nombre de Maximo figure el apellido Amalia ."

TERCERO.- El recurso se admitió y se tramitó conforme a la normativa procesal para este tipo de recursos.

CUARTO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las normas procesales esenciales aplicables al caso.

Se designó ponente al Il^lmo. Sr. Magistrado D. José Pascual Ortuño Muñoz.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso contra la sentencia que ha estimado la impugnación de la filiación paterna no matrimonial del menor Maximo (nacido el NUM000 .2014 en la República Argentina), cuyo nacimiento fue inscrito en el Registro de Estado Civil civil de DIRECCION000 , ciudad de residencia de ambos progenitores, se articula por el recurrente (demandado) mediante cuatro argumentos jurídicos, que realmente giran en torno fundamentalmente a los siguientes ejes: a) la falta de motivación de la resolución por cuanto no se aborda la existencia del fraude de ley alegado en la contestación a la demanda; b) subsidiariamente por no apreciar la falta de legitimación activa de la demandante; c) en tercer lugar por la falta de litis consorcio pasivo necesario; y d) por interpretación indebida del artículo 767.4 de la LEC.

La representación de la parte demandada y el Ministerio Fiscal solicitan la confirmación de la sentencia.

SEGUNDO.- Con carácter previo al análisis de la fundamentación jurídica, por tratarse de cuestiones de orden público, se ha de entrar a comprobar la vinculación jurisdiccional que determina la competencia de la jurisdicción española para el conocimiento de este proceso, así como de la ley aplicable al fondo del asunto.

Por lo que se refiere a la primera cuestión es de destacar la debilidad del anclaje competencial, por cuanto el menor cuya filiación paterna se impugna nació y fue inscrito en un registro civil argentino, lugar en el que en el momento de interposición de la demanda tenían -y siguen teniendo en la actualidad- su domicilio y residencia habitual tanto el padre como la madre que figuran como tales en la certificación de nacimiento acompañada a los autos.

El menor fue trasladado a Barcelona por la hermana del padre (parte actora) que carece de otro vínculo con el niño que el de ser una tía paterna del mismo, en base a un poder que le fue conferido por los padres del menor para viajar al extranjero. Aun cuando consta que la acción ejercitada por el padre, denunciando la retención ilícita del niño por la tía, fue desestimada por la sentencia de 13.7.2012 de esta audiencia provincial (rollo de apelación 489/2017 de la sección 18), lo fue por cuanto estaba en trámite el presente proceso impugnatorio de la filiación, lo que no implica, en definitiva, que por tal circunstancia coyuntural la competencia para el conocimiento de la presente causa fuese la de los juzgados españoles.

La acción impugnatoria de la filiación inscrita en el registro del estado civil de DIRECCION000 , corresponde ser enjuiciada por los juzgados del país en el que radica dicho registro por un elemental principio de reciprocidad. En esta materia los Convenios internacionales, como el de La Haya y el de Bruselas II, excluyen las acciones de filiación de su ámbito. Es de aplicación la ley española, artículo 22.1º de la LOPJ que es clara en atribuir la competencia territorial al lugar en el que se encuentra el registro en el que figura la inscripción, lo que es coincidente con el artículo 581 del código civil argentino vigente en el momento del nacimiento del menor, que establece la competencia en el lugar en el que se practicó la inscripción de nacimiento o, alternativamente, en el lugar del domicilio del demandado, que reside en Argentina. La madre, por otra parte, también reside en la misma ciudad. En consecuencia, el foro español ha sido elegido por ser el de la residencia circunstancial del niño donde ha fijado la residencia su tía. Se trata de " *fórum conveniens*" que podría entrañar, incluso, un fraude procesal en su elección, como alega la parte recurrente.

No obstante lo anterior, subsiste la duda de si el domicilio legal del niño radica en Barcelona, por cuanto reside en esta ciudad desde el año 2015 en virtud de una delegación de las responsabilidades parentales efectuadas por los progenitores (padre y madre), ante un notario de DIRECCION000 , y establecida aquí la esfera de relaciones personales del niño (el " *centro de vida*" en los términos de la legislación argentina) , incluida la escolarización del mismo, ha de otorgarse protección al menor de conformidad con lo que establece el artículo 5 del Convenio de la Haya sobre competencia y ley aplicable a la protección del menor, por cuanto junto a la



acción de filiación es de apreciar una situación de riesgo jurídico del menor, que se encuentra ciertamente en una situación irregular que, evidentemente, no puede ser ignorada por este tribunal.

Por lo que se refiere a la ley aplicable, ha sido invocada y aplicado el Libro II del Código Civil de Cataluña (CCCat) en base al criterio de territorialidad establecido en el artículo 14.1 de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya y en el artículo 111-3.1 del CCCat, y de las normas de conflicto de leyes que son de aplicación (artículos 9.4, 107 y 16 Código Civil común), que también remiten al mismo ordenamiento civil propio de Catalunya. Sin embargo, a pesar de que nadie lo discute, es también de orden público apreciar que la legislación aplicable a la filiación es la de la **nacionalidad** del menor, que también es la del lugar de su nacimiento y la de sus progenitores, además del lugar de residencia de los mismos. Tal circunstancia tiene su excepción respecto a los menores que tienen su residencia en España, de conformidad con la modificación del artículo 9.4 del código civil español operada por la Ley 26/2015, de protección de la infancia y adolescencia, en cuanto a los aspectos que más adelante se relacionan.

TERCERO.- Respecto a la falta de legitimación activa de la señora Tania , la invocación de tal excepción por el demandado desde la contestación a la demanda no ha sido correctamente resuelta. La tía materna no puede ejercitar esta acción por cuanto está reservada a los progenitores, siempre que no haya caducado tal derecho, y al propio menor durante toda su vida. En este sentido, la legislaciones catalana y argentina contienen una regulación equivalente, y establecen el mismo criterio de legitimación " *ad personam*" y también el plazo de caducidad de dos años de la legislación catalana, y de un solo año la argentina.

La sentencia salva la alegación de falta de legitimación activa por la comparecencia posterior de la madre biológica en el proceso, tras ser llamada al mismo por la actora (tía materna) tras la denuncia por el actor de la vulneración que implicaba que no fuera traída al proceso, compareció en calidad de demandada, únicamente para allanarse a la demanda. Tal acto jurídico no puede ser tenido en consideración por cuanto, en primer lugar, la comparecencia no es personal, sino mediante un poder otorgado ante un notario argentino, que carece de cláusula especial para un acto de la naturaleza del que pretende, es decir, para allanarse a una demanda por la que se impugna la filiación paterna del menor. En segundo lugar, por cuanto, aun cuando hubiese comparecido personalmente y se hubiera adherido a la demanda, subsanando la absoluta falta de legitimación activa de la tía paterna, ya habría caducado la acción impugnatoria que la madre biológica hubiese podido ejercitar.

La sentencia de primera instancia salva todas las carencias anteriores con el argumento de que, en realidad, la inscripción de la paternidad del niño que se efectuó en el registro del estado civil de DIRECCION000 (Argentina) fue realizada en fraude de ley. Tal afirmación, sin embargo, carece de todo refrendo probatorio. Se basa únicamente en las manifestaciones de la actora, es decir, de la hermana del demandado que sostiene este relato en la demanda. Pero, sorprendentemente, pasa por alto que quien urdió tal fraude, en el que fundamenta la acción ejercitada, fue la propia tía paterna que -según dice- por un acto caritativo al ver que el niño no tendría padre reconocido, y viendo a la madre biológica -que era amiga suya- desvalida, convenció a su hermano para que falsamente reconociera la paternidad del niño. Todo ello con la aquiescencia de la madre que el 21.5.2015, doce días después del nacimiento del menor, entregó al mismo a la tía paterna delegando en la ella la custodia, lo que resulta ciertamente extraño. En consecuencia, es de apreciar que la principal defraudadora de las previsiones legales ha sido la tía paterna. Por lo tanto, en base al principio jurídico universal, recogido en los artículos 6 y 7 del código civil y 247 de la LEC, de que los actos y negocios jurídicos realizados en fraude de ley no pueden obtener la tutela judicial y en ningún caso se puede beneficiar de los mismos quien actuó de tal forma.

Finalmente, y respecto a los motivos de apelación de carácter procesal, impositivos del enjuiciamiento, también es relevante y debe acogerse la invocación por el demandado de la falta de litisconsorcio pasivo necesario, por cuanto en este caso es evidente que los intereses del menor han de tener la relevancia prioritaria en el proceso por medio de un defensor judicial, tal como establece el artículo 224-1 del CCCat y la Ley Orgánica de Protección del menor. Ante el conflicto de intereses entre el menor, su padre y su madre biológicos (como tales se han de considerar hasta que no se dicte sentencia por tribunal competente para la anulación de la inscripción registral), y la persona que viene ejerciendo las funciones de guarda de facto, es necesario que un defensor judicial procure asegurar los intereses superiores del menor. Fundamentalmente es necesaria su intervención para esclarecer las circunstancias en las que se produjo esa peculiar delegación general de las funciones de la responsabilidad parental a la tía paterna, y la eventual situación de riesgo jurídico del niño, que se encuentra separado de quienes constan como sus padres en el registro civil, sin que se haya constituido la institución tutelar que, con toda probabilidad, será necesario constituir.

CUARTO.- De forma congruente con lo anteriormente analizado, el recurso debe ser acogido, revocando la sentencia por cuanto no concurren los requisitos básicos para el enjuiciamiento de una cuestión tan trascendente para la vida de una persona como lo son los vínculos de filiación. No obstante se debe hacer constar " *obiter dicta*" que el denominado reconocimiento de complacencia es una forma de establecimiento



de la filiación con plenos efectos jurídicos, por cuanto la Constitución establece el principio de igualdad de todos los hijos, y tiene también similares efectos a la filiación adoptiva o a la realizada por medio de técnicas de fecundación asistida. Es obvio que, en tales casos, se ha de partir de la base de que el padre prestó su declaración ante el juez encargado del Registro Civil con pleno conocimiento de la trascendencia de tal negocio jurídico. Es así como debe presumirse que obró el demandado al reconocer su paternidad respecto del menor mientras que no se ejercite la acción de impugnación por persona que ostente la legitimación activa para promoverla, ante el juez competente para el enjuiciamiento. Ningún efecto puede tener, por otra parte, una prueba analítica irregular, realizada sin la autorización del interesado y sin ninguna garantía de la cadena de custodia del material orgánico analizado.

En consecuencia, la decisión que se adopta no puede limitarse a la revocación de la sentencia de primera instancia, sino que es un deber de todas las instituciones públicas que tengan conocimiento de hechos que sean relevantes respecto a la situación de un menor, acordar las medidas procedentes para apartar al mismo de cualquier clase de riesgo. En este caso, como ya se ha mencionado, es un riesgo notorio de naturaleza jurídica. Para tales medidas recae la competencia en la jurisdicción en la que el menor se encuentra, tal como dispone el artículo 5 del Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de menores del que son partes signatarias Argentina (país de la **nacionalidad** del menor) y España (país en el que se encuentra el niño). Al residir el menor en Barcelona, procede requerir al Ministerio Fiscal y a la Entidad Pública competente en esta materia, la DGAIA, para que se instruya el expediente oportuno por si resulta procedente establecer la medida del acogimiento en familia del menor, instar la suspensión o privación a los padres biológicos de la patria potestad si procediera, o la medida que resulte más apropiada. Todo ello, dejando imprejuzgada la acción de impugnación de la filiación paterna que ha sido indebidamente ejercitada.

QUINTO.- La estimación del recurso determina que no proceda hacer declaración de condena respecto las costas de esta alzada a ninguna de las partes, de conformidad con lo establecido en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Tampoco procede la condena en costas en la primera instancia a la parte actora por cuanto la demanda debió ser inadmitida a trámite por el juzgado.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que de debemos estimar y estimamos el recurso de apelación interpuesto por el señor Guillermo (residente en Argentina), parte demandada, contra la Sentencia de fecha 8 de noviembre de 2018, dictada por el Juzgado de PRIMERA INSTANCIA nº 45 8DE FAMILIA), de BARCELONA, en el proceso nº 702/2016, seguidos a instancias de la señora Tania , en la que fue parte llamada al proceso en calidad de demandada DOÑA Amalia (residente en Argentina) que no se opuso a la apelación ni compareció ante este tribunal, y en el que ha intervenido el Ministerio Fiscal; en consecuencia con lo razonado, DEBEMOS REVOCAR y REVOCAMOS la sentencia impugnada, DECLARANDO LA FALTA DE LEGITIMACIÓN ACTIVA de la demandante, así como la falta de jurisdicción internacional de los tribunales españoles para conocer de la acción ejercitada. Sin condena en costas a ninguna de las partes en las dos instancias.

Notifíquese esta resolución a las partes personadas advirtiéndoles que pueden interponer, contra la misma, recurso de casación en el plazo de veinte días ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

Notifíquese también al Ministerio Fiscal y a la Dirección General de Atención a la Infancia y Adolescencia de la Generalitat de Cataluña (DGAIA), advirtiéndoles a ambas instituciones de la *SITUACIÓN DE RIESGO JURÍDICO* del menor Maximo , nacido en DIRECCION000 (República Argentina el NUM000 de 2014, que reside en Barcelona, en el domicilio de su tía paterna, la señora Tania (guardadora de facto) en CALLE000 nº NUM001 de Barcelona, al objeto de que se adopten respecto al mismo las medidas de protección que resultasen necesarias.

Lo acordamos y firmamos.