



Roj: **STS 1282/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:1282**

Id Cendoj: **28079119912018100012**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **17/04/2018**

Nº de Recurso: **2058/2017**

Nº de Resolución: **224/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 2058/2017

Ponente: Excm. Sra. D.^a M. Ángeles Parra **Lucán**

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

Sentencia núm. 224/2018

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. José Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Eduardo Baena Ruiz

D. Pedro José Vela Torres

D.^a M. Ángeles Parra **Lucán**

En Madrid, a 17 de abril de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación e infracción procesal interpuesto por D. Jose Carlos , D.^a Elisenda , D.^a Luz , D. Abilio y D.^a Tamara representados por el procurador D. Ángel Quemada Cuatrecasas bajo la dirección letrada de D. Joan Farrés Gibert, contra la sentencia dictada el 21 de marzo de 2017 por la Sección 18.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona en el recurso de apelación n.º 475/2016 dimanante de las actuaciones de juicio de filiación n.º 393/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 16 de Barcelona. Ha sido parte recurrida D. Damaso , representada por el procurador D. Luis Fernando Pozas Osset y bajo la dirección letrada de D. José María Yuste Muñoz. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a M. Ángeles Parra **Lucán**.

ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.- Tramitación en primera instancia**

1.- D. Damaso interpuso demanda de juicio declarativo verbal ejercitando acción de determinación legal de filiación paterna no matrimonial ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de la DIRECCION000 contra D.ª Elisenda , D. Jose Carlos , D.ª Luz , en calidad de hijos y herederos de D. Landelino , persona con respecto a la cual el demandante interesa ser declarado hijo biológico del mismo, D. Abilio y D.ª Tamara en calidad de nietos de D. Landelino , ya que la madre de los mismos e hija de este último, D.ª Gracia , falleció. En dicha demanda solicitaba que se dictara sentencia por la que se declare:

«1.º) Que D. Damaso , nacido el NUM000 de 1944, es hijo biológico de D. Landelino , nacido en DIRECCION001 en fecha de NUM001 del año 1910, con todos los efectos jurídicos inherentes a dicha declaración.

»2.º) Que se remita el correspondiente mandamiento al Registro Civil competente, al objeto de que se practique la oportuna inscripción registral de la filiación.

»3.º) Se condene a los demandados al pago de las costas del juicio si se opusieren a la pretensión rectora de la litis».

2.- La demanda fue presentada el 25 de abril de 2013 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de la DIRECCION000 y fue registrada con el n.º 313/2013. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de las partes demandadas.

3.- D.ª M. Elisenda contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

«...tener por promovida declinatoria por falta competencia territorial, ordene la suspensión del curso del proceso, dando traslado de la misma a las demás partes, a fin de que aleguen, si a su derecho conviene, y venga a dictarse auto que la estime e inhiba la competencia favor de los Juzgados de Primera Instancia de Barcelona, con emplazamiento de las partes ante el mismo, haciendo expresa condena en costas procesales a quien se opusiera a esta pretensión».

D. Abilio y D.ª Tamara , así como D. Jose Carlos y D.ª Luz , contestaron también a la demanda mediante escritos en los que solicitaban la adhesión a la cuestión de competencia formulada por falta de competencia territorial y a la declinatoria planteada en el mismo sentido por la codemandada D.ª Elisenda .

4.- Mediante auto de 19 de marzo de 2014 el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de La DIRECCION000 , declaró la incompetencia territorial de ese Juzgado para conocer de la demanda presentada por el Sr. Damaso , considerando territorialmente competentes los Juzgados de Familia de Barcelona a favor de los que se inhibe dicho Juzgado.

5.- El demandante, D. Damaso , así como los demandados D.ª Elisenda , D.ª Luz , D. Abilio y D.ª Tamara se personaron ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 16 de Barcelona. El primero de ellos se ratificó en la demanda de filiación y los segundos se opusieron a la misma solicitando su desestimación íntegra con expresa imposición de las costas a la parte actora, a excepción del codemandado D. Jose Carlos , que no compareció ni presentó escrito de contestación a la demanda, por lo que fue declarado en situación de rebeldía procesal, personándose con posterioridad y oponiéndose a las peticiones de la demanda. Mediante Diligencia de Ordenación de fecha 25 de febrero de 2015 se le tuvo por personado y parte en el procedimiento.

Estimada la excepción procesal de falta de litisconsorcio pasivo necesario se otorgó plazo al demandante para demandar a los demás hijos de su madre. El demandante presentó demanda contra D. Constantino y D.ª Enma en calidad de hijos de D.ª Nuria , madre del demandante.

Los nuevos codemandados presentaron escrito de contestación en el que manifestaron no oponerse a la reclamación de filiación formulada por su hermano de madre.

6.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 16 de Barcelona dictó sentencia n.º 76/2016 de fecha 22 de febrero , con el siguiente fallo:

«Que estimando la demanda de reclamación de filiación de D. Damaso y D.ª Elisenda , D.ª Luz , D.ª Tamara y D. Abilio , D. Jose Carlos , D. Constantino y D.ª Enma debo:

»1. Declarar que D. Damaso es hijo no matrimonial de D. Landelino , con todos los efectos que son inherentes.

»2. Condenar en costas a D.ª Elisenda , D.ª Luz y D. Jose Carlos ».

SEGUNDO.- Tramitación en segunda instancia

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D.ª Elisenda , D.ª Luz y D. Jose Carlos , D.ª Tamara y D. Abilio .



2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección 18.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona, que lo tramitó con el n.º de rollo 475/2016 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 21 de marzo de 2017, cuyo fallo dispone:

«FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Jose Carlos, D.^a Elisenda, D.^a Luz y D. Abilio y D.^a Tamara, contra la sentencia de fecha 22 de febrero de 2016, dictada por el Ilmo. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia 16 de Barcelona, debemos confirmar y confirmamos la expresada resolución, ello sin que proceda hacer especial mención sobre el pago de las costas causadas en esta alzada».

TERCERO .- *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

1.- D. Jose Carlos, D.^a Elisenda y D.^a Luz y D. Abilio y D.^a Tamara, interpusieron recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«Primero.- Al amparo del n.º 4 del art. 469,1 LEC, fundado en la vulneración, de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 de la Constitución, por cuanto en la valoración de la prueba se incurre en error patente y manifiesto, al dar por probado un hecho sobre el que no existe prueba alguna en el proceso.

»Segundo.- Al amparo del n.º 2 del art. 469,1 LEC, fundado en la vulneración de las normas procesales reguladoras de la sentencia por infracción del artículo 218 LEC, que establece que la motivación deberá ajustarse a las reglas de la lógica y de la razón».

El motivo del recurso de casación fue el siguiente:

«Al amparo del art. 477,3,3.º por cuanto la resolución del recurso presenta interés casacional, al oponerse a la jurisprudencia del Tribunal Supremo en sus sentencias de 2 de julio de 2004 y 2 de diciembre de 2004, conforme la ley personal de la persona física es necesariamente la propia de la nacionalidad que la misma ostenta y tiene reconocida por el Estado en el momento del enjuiciamiento; expresándose como infringido el artículo 9,1 del Código Civil ».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 4 de octubre de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de D.^a Elisenda, D.^a Luz, D. Jose Carlos, D. Abilio y D.^a Tamara contra la sentencia dictada, con fecha 21 de marzo de 2017, por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, en el rollo de apelación n.º 475/2016, dimanante de los autos de juicio verbal 393/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 16 de Barcelona».

3.- Se dio traslado a la parte recurrida y al Ministerio Fiscal para que formalizaran su oposición al recurso de casación, lo que hicieron mediante la presentación de los correspondientes escritos, quedando el presente recurso pendiente de vista o votación y fallo.

4.- Por providencia de 12 de diciembre de 2017 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 31 de enero de 2018, en que se acordó su pase a pleno el próximo día 21 de marzo de 2018 en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente litigio se plantea cuál es la norma de conflicto española aplicable en un caso en el que la demanda de reclamación de filiación se interpuso antes de la reforma del art. 9.4 CC llevada a cabo por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, pero cuando la sentencia se dicta tras su entrada en vigor (lo que tuvo lugar el 18 de agosto de 2015).

El art. 2.1 de la citada Ley 26/2015, dio al art. 9.4. CC la siguiente redacción:

«La determinación y el carácter de la filiación por naturaleza se regirán por la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación. A falta de residencia habitual del hijo, o si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación, se aplicará la ley nacional del hijo en ese momento. Si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación o si el hijo careciere de residencia habitual y de nacionalidad, se aplicará la ley sustantiva española. En lo relativo al establecimiento de la filiación por adopción, se estará a lo dispuesto en el apartado 5.



«La ley aplicable al contenido de la filiación, por naturaleza o por adopción, y al ejercicio de la responsabilidad parental, se determinará con arreglo al Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños».

Con anterioridad, el art. 9.4 CC, en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, establecía que:

«El carácter y contenido de la filiación, incluida la adoptiva y las relaciones paterno-filiales, se regirán por la ley personal del hijo y si no pudiera determinarse ésta, se estará a la de la residencia habitual del hijo».

La cuestión es relevante porque, en atención a las circunstancias del caso, la aplicación del derecho francés (el demandante tiene la nacionalidad francesa) conduciría a declarar que la acción de reclamación de la filiación ha prescrito por haber transcurrido diez años desde que alcanzó la mayoría de edad, mientras que el derecho español (el demandante reside habitualmente en España) atribuye al hijo el ejercicio de la acción durante toda su vida.

En lo que interesa para la resolución del recurso, los hechos más relevantes para entender las cuestiones sometidas a esta sala, tal como han sido fijados en la instancia, son los siguientes:

1.- El 25 de abril de 2013, Damaso, de nacionalidad francesa, y residente en España desde hace cuarenta y seis años, interpuso demanda en ejercicio de acción de reclamación de filiación en la que solicitó que se declarase que era hijo biológico de D. Landelino, nacido en DIRECCION001 el NUM001 de 1910.

El demandante nació en el año 1944 en Burdeos (Francia) y su filiación quedó determinada en exclusiva respecto de D.^a Nuria, de nacionalidad francesa. El demandante afirmaba que existió una relación sentimental entre D. Landelino y su madre que duraría entre 1937 y 1947, años durante los que D. Landelino instaló un negocio de fabricación de guantes en Burdeos.

D. Landelino contrajo matrimonio en 1936 con la Sra. Sandra, con quien tuvo cuatro hijos. D.^a Nuria contrajo matrimonio con el Sr. Constantino, con quien tuvo dos hijos.

Como D. Landelino había fallecido en 1995, la demanda se dirigió contra sus herederos (tres hijos matrimoniales y dos nietos, hijos de una hija premuerta).

La demanda invocó como fundamento jurídico el art. 133 CC («La acción de reclamación de filiación no matrimonial, cuando falte la respectiva posesión de estado, corresponderá al hijo durante toda su vida») y el art. 766 LEC (legitimación pasiva de los herederos de la persona a quien en la demanda se atribuye la condición de progenitor para el caso de que haya fallecido).

Como D. Landelino había sido incinerado, el demandante solicitó que los demandados se sometieran a las pruebas biológicas.

La contestación a la demanda de dos de los hijos y de los dos nietos de D. Landelino, con cita del derecho catalán, opuso la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, lo que dio lugar a una ampliación de la demanda contra los hermanos por parte de madre del demandante. Por lo que se refiere al fondo del asunto negaron la relación afectiva entre D. Landelino y D.^a Nuria, afirmaron la relación de amistad existente entre las dos familias y denunciaron que el ejercicio de la acción era contrario a la buena fe, dado el tiempo transcurrido desde que el actor pudo conocer la supuesta paternidad que reclamaba y dado igualmente el tiempo transcurrido desde el fallecimiento de D. Landelino (diecisiete años) y de D.^a Nuria (quince años). El tercer hijo de D. Landelino, tras haber sido declarado en rebeldía, se personó y contestó a la demanda oponiéndose a la misma. El Juzgado lo tuvo por comparecido y parte.

Los hermanos por parte de madre del demandante contestaron a la demanda manifestando que no se oponían a la misma en la medida en que los hechos referidos por el demandante coincidían con lo que siempre les había contado su madre.

Los demandados, que se negaron a someterse a la prueba biológica, en el acto del juicio invocaron la aplicación del Derecho francés, conforme al cual la acción estaría prescrita.

2.- El Juzgado estimó la demanda y declaró que el demandante era hijo no matrimonial de D. Landelino.

El Juzgado consideró aplicable la ley española: i) citó, en primer lugar, el art. 9.4 CC, en la redacción dada al precepto por la Ley 26/2015; ii) añadió que, de conformidad con el art. 12 CC, las normas de conflicto son imperativas; iii) que conforme al derecho francés la acción habría prescrito, mientras que con arreglo al derecho español (art. 235-20 CC catalán y art. 133 CC) el hijo puede ejercer la acción toda la vida; y iv) concluyó afirmando que «[p]or ello y con independencia del lugar de residencia del actor (en Francia, país en el que



nació, o en España donde en su interrogatorio dijo que lleva viviendo desde hace 46 años), debe aplicarse la legislación española pues la francesa no le permite ahora la determinación de la filiación al haber prescrito la acción de reclamación (art. 321 *Code Civil* francés, según redacción dada por *Ordonnance* 2005/759, de 5 de julio)».

Seguidamente, a la vista de las pruebas practicadas (cartas, fotos, relatos de hechos y declaraciones del demandante, de sus hermanos de madre y de los demandados), y atendiendo a la negativa de los demandados a someterse a la prueba biológica requerida, el Juzgado estimó la demanda con apoyo en la regulación catalana de la filiación y en el art. 767.4 LEC .

3.- Interpuesto recurso de apelación por los herederos de D. Landelino , la sentencia de la Audiencia Provincial lo desestimó y confirmó la sentencia de primera instancia.

Por lo que interesa a efectos del presente recurso, la Audiencia consideró aplicable la ley española, pero por razones diferentes a las que tuvo en cuenta el Juzgado:

i) En primer lugar, la Audiencia declaró que no era de aplicación el art. 9.4 CC en la redacción introducida por la Ley 26/2015, dado que el procedimiento se inició con anterioridad a esta reforma. Entendió que, en consecuencia, la ley aplicable no era la correspondiente a la de la residencia habitual del hijo sino la ley personal del hijo, de acuerdo con la redacción del art. 9.4 vigente en el momento de la interposición de la demanda.

ii) A continuación, la sentencia consideró como «ley personal del hijo» la española. En síntesis, argumentó para ello que, si tiene éxito la acción de filiación ejercitada, el demandante tendrá derecho a optar por esta nacionalidad y/o ostentará la nacionalidad española al ser nacido de padre español.

Literalmente, puede leerse en la sentencia:

«Si apreciamos la nacionalidad francesa del actor, el art. 311-14 del *Code civil* francés establece que "La filiación se rige por la ley personal de la madre el día del nacimiento del hijo; si la madre no es conocida, por la ley personal del hijo". En la partida de nacimiento no consta la nacionalidad de la madre (f.17). El Informe jurídico acompañado el día de la vista presume la nacionalidad francesa de la madre (originaria de Orán, Argelia, entonces colonia francesa), aunque admite que no hay prueba suficiente. Pero el testigo Sr. Constantino reconoce que era francesa y nadie lo pone en duda. El demandante no niega y ha quedado suficientemente acreditado que su propia nacionalidad también es la francesa. Sin embargo, no podemos obviar que el Sr. Damaso ostenta también la nacionalidad española, conforme al art. 17.1.a) del Código civil español, por naturaleza y aunque el Estado español no haya tenido ocasión hasta ahora de reconocerlo, pues es nacido de padre español. Incluso conforme al punto 2 del propio artículo, determinada la filiación por esta sentencia tiene derecho a optar.

«No es razonable que, no reconocida de inicio la paternidad, lo que arrastró el no reconocimiento de la nacionalidad por nacimiento, pierda ahora este derecho el actor por una conducta que solo era imputable a su fallecido padre».

La Audiencia citó en el mismo sentido la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2000 , conforme a la cual:

«El propio derecho material del foro permite aplicar en concretos supuestos la ley nacional y prescindir de la extranjera. Esto ocurre en el caso que nos ocupa, pues la nacionalidad francesa de la hija no actúa como cerrada y que necesariamente se impone como única, sino a medio de primera o provisional nacionalidad, ya que, conforme al art. 17.1.a), son españoles de origen los nacidos de padre o madre españoles (...). Si se atiende exclusivamente a la nacionalidad en el momento del inicio del pleito y se margina el precepto que queda citado, se entraría en un laberinto sin salida legal satisfactoria, ya que el presupuesto para ostentar la española necesariamente es la declaración de ser hija biológica del progenitor español, es decir que esta decisión judicial actúa con anterioridad y la determina, por lo que la nacionalidad opera después como efecto y consecuencia, cumplido el requisito, que es primero, de ser hija de ciudadano español. El art. 9.4, conforme lo que se deja dicho se ha de aplicar cuando se ostenta nacionalidad atribuida e incompatibiliza cualquier otra. En el caso presente no se trata de una nacionalidad que venga ya impuesta como definitiva y lleve a aplicar la normativa foránea en forma automática e inevitable, prescindiendo por completo de la nacionalidad del padre, lo que no se acomoda a nuestra propia legislación, máxime cuando la legislación francesa no propicia y más bien obstaculiza la filiación reclamada».

4.- Los descendientes demandados de D. Landelino interpusieron recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, al que se opuso el demandante.

El Ministerio Fiscal ha informado interesando la desestimación de los recursos y la confirmación de la sentencia recurrida.



Recurso extraordinario por infracción procesal.

SEGUNDO.- El recurso se funda en dos motivos, tal y como se recogen en los antecedentes de hecho de esta sentencia.

1.- El primer motivo, al amparo del art. 469.1.4.º LEC , denuncia vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 CE , por cuanto en la valoración de la prueba la sentencia incurre en error patente y manifiesto.

Los demandados ahora recurrentes alegan que, para justificar la aplicación de la ley española, la sentencia recurrida da por probado, sin que exista prueba alguna en el proceso, que D. Landelino era español al tiempo de la concepción del actor y, por tanto, este tendría o podría tener nacionalidad española por opción, al ser hijo de padre español. Consideran que la pieza angular del fallo (nacionalidad del padre), al carecer de prueba, es arbitraria e irrazonable. Expone que se da por probado un hecho que nunca ha sido objeto de debate, dándose además la circunstancia que el padre de los recurrentes vivió durante muchos años y tuvo sus negocios en Francia. Concluyen que dar por probado este hecho, que no ha sido objeto de debate, sin apoyo probatorio, resulta arbitrario y coloca a los demandados en una situación de indefensión con infracción del art. 24 CE .

El motivo debe ser desestimado.

Esta sala ha reiterado que la valoración probatoria solo puede excepcionalmente tener acceso al recurso extraordinario por infracción procesal al amparo del art. 469.1.4.º LEC por la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración de la prueba o por la infracción de una norma tasada de valoración de prueba que haya sido vulnerada, en cuanto, al ser manifiestamente arbitraria o ilógica la valoración de la prueba, no supere, conforme a la doctrina constitucional, el test de la razonabilidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en art. 24 CE (sentencias 1069/2008, de 28 de noviembre , 458/2009, de 30 de junio , 736/2009, 6 de noviembre , 333/2013, de 23 de mayo , todas ellas citadas por la sentencia 615/2016, de 10 de octubre).

En el caso, a la vista de todos los datos afirmados y no discutidos por las partes, no puede considerarse que la conclusión alcanzada por la Audiencia acerca de que D. Landelino fuera español sea arbitraria o ilógica (nació en España, se desplazó a Burdeos por razones de trabajo, pero volvió a España, donde estaba su familia).

Conviene recordar que nuestro ordenamiento contiene un precepto que tiene la finalidad de evitar la exigencia de una *probatio diabólica* respecto de la nacionalidad de quienes han adquirido la nacionalidad española *iure sanguinis* (debería probarse que son hijos de español, que su abuelo era español..., y que no han perdido la nacionalidad española). En este sentido, conforme al art. 68 de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil , «en tanto no conste la extranjería de los padres, se presumen españoles los nacidos en territorio español de padres también nacidos en España». La misma regla se reitera en el art. 69 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil .

Por lo demás, puesto que en el mismo suplico de la demanda se solicitaba que se declarase que el demandante era hijo biológico de D. Landelino , «nacido en DIRECCION001 , Gerona» y se citaba la ley española como la aplicable, la parte demandada pudo, bien en la contestación a la demanda, bien en su recurso de apelación, desvirtuar la eficacia de la presunción legal.

2.- En el segundo motivo, al amparo del art. 469.1.2.º LEC , los recurrentes denuncian vulneración de las normas reguladoras de la sentencia por infracción del art. 218.2 LEC , que exige que la motivación se ajuste a las reglas de la lógica y de la razón. En el desarrollo del motivo alegan que la sentencia recurrida afirma que la ley aplicable es la ley personal del actor e indican que este tiene nacionalidad francesa, pero, a pesar de ello, aplica la ley española, después de admitir que esta nacionalidad española no la tiene reconocida por el Estado español y que en su caso debería ser objeto del ejercicio previo de opción por su parte. Los recurrentes consideran que se trata de una motivación contraria a la lógica y a la razón.

El motivo debe ser desestimado.

Esta sala, con carácter general, tiene declarado que la motivación, como derecho incluido en el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE , es un requisito de la sentencia que exige que se haga saber a las partes o se exterioricen cuáles son las razones que conducen al fallo de una resolución, con independencia de su acierto y su extensión, de forma que este razonamiento pueda someterse a control a través de los correspondientes recursos. Por esta razón, la denuncia por falta de motivación no puede confundirse con una mera discrepancia con las conclusiones que obtiene una sentencia. Estas conclusiones podrán ser revisadas en el marco del recurso de casación, si la falta del acierto que se pretende denunciar se refiere a la valoración jurídica de los hechos y a la aplicación de una determinada norma sustantiva. De esta forma, solo una motivación ilógica o arbitraria, porque en la sentencia no se expresen o no se entiendan las razones por las



que se sientan las conclusiones del litigio o su fallo, podría ser revisada a través de este recurso por infracción procesal (sentencias 790/2013, de 27 de diciembre , y 294/2012, de 18 de mayo , entre otras).

En el caso, con independencia de que se comparta el razonamiento, la sentencia recurrida explica las razones de su fallo, por lo que no adolece de falta de motivación. En efecto, la sentencia parte de la aplicación del art. 9.4 CC en la redacción vigente cuando se interpuso la demanda y que determinaba como ley aplicable la correspondiente a la ley personal del hijo y, a partir de allí, para identificar esa ley personal, con cita de un precedente de esta sala (la sentencia de 22 de marzo de 2000), recurre a la «nacionalidad presunta», en una suerte de «conexión anticipada», lo que se explica en atención a la «circularidad» del punto de conexión que utiliza el precepto, dado que la nacionalidad se atribuye en el art. 17 CC a partir de la filiación (directamente o por opción).

Recurso de casación.

TERCERO. - El recurso de casación se funda en un único motivo en el que la parte recurrente denuncia infracción del art. 9.1 CC .

Para justificar el interés casacional la parte recurrente aporta las sentencias de esta sala de 2 de junio de 2004 y de 2 de diciembre de 2004 , de las que según dice resultaría que la ley personal de las personas físicas es la que corresponde a su nacionalidad, concretamente la nacionalidad que ostenta la persona de que se trate y no la que correspondería a la nacionalidad que podría ostentar la persona de tener éxito la acción ejercitada.

En el desarrollo del motivo argumenta que la sentencia recurrida en casación infringe esta jurisprudencia desde el momento en que no aplica la ley que corresponde a la nacionalidad que tiene reconocida el actor (la francesa) sino la española, que es la propia de la nacionalidad que eventualmente podría adquirir o atribuirse al actor si tuviera éxito la acción ejercitada en el mismo procedimiento y de reconocerse que el actor es hijo de padre español y si ejercitara la correspondiente opción de adquisición de la nacionalidad española.

Añade que la sentencia de 22 de marzo de 2000 en cuya doctrina se apoya la sentencia de la Audiencia Provincial que es objeto del presente recurso: i) es un caso aislado que no constituye jurisprudencia; ii) se refiere a la acción ejercitada por una menor de edad; iii) en ese momento, la legislación francesa era más restrictiva que en la actualidad por lo que se refiere al ejercicio de las acciones de filiación.

CUARTO. - Esta sala debe hacer constar que, examinadas las sentencias aportadas por la parte recurrente, ninguna de ellas recoge la doctrina que les atribuye. En primer lugar, la sentencia 572/2014, de 2 de julio , se refiere a un caso en el que se aplicó el derecho español porque no quedó acreditado el derecho estadounidense, que era el que se consideraba aplicable por tener tal nacionalidad la madre demandante y el demandado. En segundo lugar, la sentencia 1148/2004, de 2 de diciembre , se refiere a un caso en el que se discutía la nacionalidad del causante cuando contrajo matrimonio, por la proyección que en ese momento tenía la nacionalidad del marido en la determinación del régimen económico matrimonial (antiguos arts. 9.2 y 9.3 CC).

Por el contrario, la sentencia 289/2000, de 23 de marzo, en la que basó su decisión la Audiencia Provincial, constituye un precedente de la preferencia por la «presunta» ley nacional del hijo, en aras del principio del *favor filii* .

Sin embargo, en atención a que el art. 12.6 CC , al declarar que «los tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del derecho español», sienta el principio de la imperatividad de las normas de conflicto, esta sala considera procedente analizar la corrección con que la sentencia recurrida ha determinado la ley aplicable al presente litigio, lo que en última instancia es lo que discute la parte recurrente.

Comenzaremos en primer lugar precisando el marco normativo en el que va a resolverse el recurso de casación.

1.- El motivo único del recurso de casación denuncia infracción del art. 9.1 CC , conforme al cual: «La ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte».

Conviene advertir, en primer lugar, que el ámbito de aplicación del art. 9.1 CC es muy reducido, dada la regulación específica que se contiene en los siguientes apartados del art. 9 CC para la filiación, la protección de menores y mayores, el matrimonio y la sucesión. A ello hay que añadir que, a la vista de los criterios adoptados en estas reglas especiales, resulta difícil identificar en la actualidad de manera general la «ley personal» con la «ley nacional», dado que muchas situaciones y relaciones internacionales que afectan a la persona no vienen determinadas por la ley nacional.

En particular, la ley aplicable al establecimiento de la filiación por naturaleza está recogida en el art. 9.4 CC .



2.- En el caso que da lugar al presente recurso la demanda se interpuso el 25 de abril de 2013 y la sentencia de primera instancia se dictó cuando ya estaba en vigor la Ley 26/2015, que dio nueva redacción al art. 9.4 CC .

La Ley 26/2015 modificó, además de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, una variedad heterogénea de leyes anteriores, de contenido procesal, laboral, social, fiscal, administrativo y civil. Sus disposiciones transitorias son escasas y, en particular, la Ley no contiene ninguna norma de derecho transitorio que se refiera a la modificación del art. 9.4 CC .

La Ley sí contenía una regulación de derecho transitorio referida a las normas de carácter procesal y procedimental, para las que el legislador estableció una congelación de las vigentes al iniciarse los procedimientos y expedientes (disp. transitoria primera; parecidamente, la disp. transitoria única de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil). La propia Ley 26/2015 previó igualmente la continuación de la tramitación de los expedientes de adopción internacional ya iniciados conforme a la legislación vigente en el momento del inicio del expediente (disp. transitoria tercera).

Pero esta solución no se refiere a la modificación de las normas de conflicto, a cuya diferente naturaleza, contenido y finalidad debe atenderse para resolver los problemas de derecho transitorio.

3.- El preámbulo de la citada Ley 26/2015, al justificar las razones del cambio legislativo de las normas de conflicto contenidas en el art. 9 CC , afirma que:

«Se reforman, en primer lugar, las normas de Derecho internacional privado, en concreto los apartados 4, 6 y 7 del artículo 9, normas de conflicto relativas a la ley aplicable a la filiación, a la protección de menores y mayores y a las obligaciones de alimentos. Estas modificaciones responden, por un lado, a la incorporación de normas comunitarias o internacionales y adaptaciones terminológicas a las mismas y, por otro, a mejoras técnicas en la determinación de los supuestos de hecho o de los puntos de conexión y su precisión temporal».

En alguno de estos supuestos a que se refiere el preámbulo de la Ley 26/2015, la reforma se dirige a recordar a los operadores jurídicos la vigencia de otras normas sobre la materia. Así, el segundo párrafo del apartado 4 y el primer párrafo del apartado 6 del art. 9 se remiten, por lo que se refiere a la ley aplicable al contenido de la filiación y a la protección de menores, al Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996 , relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, en vigor para España desde el 1 de enero de 2011 y que atiende, como regla general, a la residencia habitual del menor. Por su parte, el apartado 7 del art. 9 se remite al Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, cuya aplicación es consecuencia de lo dispuesto en el art. 15 del Reglamento (CE) n.º 4/2009, del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos.

Por el contrario, es novedad introducida por la Ley 26/2015 la fijación de la residencia habitual como criterio de conexión para la determinación de la ley aplicable a la protección de las personas mayores de edad (apartado 6 del art. 9) y para la determinación de la filiación por naturaleza (primer párrafo del apartado 4 del art. 9). Así, con la reforma del art. 9.6 la Ley 26/2015 abandona el criterio de la «nacionalidad del mayor de edad», que databa de 1974, e introduce un criterio realista que representa una vinculación social entre el sujeto y la ley cuyas medidas de protección se le van a aplicar. Por lo que se refiere a la ley aplicable a la determinación de la filiación por naturaleza, el art. 9.4 es coherente con la crítica que se había venido haciendo al criterio de la nacionalidad del hijo.

4.- Las sucesivas regulaciones de la ley aplicable en materia de filiación han venido reflejando los valores y principios que han inspirado al legislador en cada momento en este ámbito.

En la redacción originaria, el Código civil carecía de norma específica sobre ley aplicable y el art. 9 CC se limitaba a disponer que: «Las leyes relativas a los derechos y deberes de familia, o al estado, condición y capacidad de las personas, obligan a los españoles, aunque residan en país extranjero». Por obra del Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sancionó con fuerza de Ley el texto articulado del título preliminar del Código Civil, el art. 9.4 CC , en correspondencia con una concepción jerarquizada de la familia, pasó a decir que: «Las relaciones paterno-filiales se regirán por la ley nacional del padre y en defecto de éste, o si sólo hubiere sido reconocida o declarada la maternidad, por la de la madre».

Esta regulación fue calificada de «discriminación hiriente de la mujer» por el preámbulo de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil, que pasó a centrar el punto de conexión en la ley personal del hijo «como persona más necesitada de protección», al establecer que: «El carácter y contenido de la filiación, incluida la adoptiva, y las relaciones paterno-filiales, se regirán por la ley personal del hijo».



Pero la solución, respetuosa con el principio de igualdad constitucionalmente consagrado, fue objeto de varios reproches, como el no haber optado por conexiones más fuertes (en especial cuando la nacionalidad del hijo no coincide con su residencia habitual), la debilidad intrínseca que resulta de la íntima conexión entre determinación de la filiación y nacionalidad y su insuficiencia en los casos en los que la nacionalidad no estuviera determinada. A este último problema dio respuesta la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que dio al art. 9.4 CC la siguiente redacción: «El carácter y contenido de la filiación, incluida la adoptiva y las relaciones paterno-filiales, se regirán por la ley personal del hijo y si no pudiera determinarse ésta, se estará a la de la residencia habitual del hijo».

5.- Finalmente, por obra del art. 2.1 de la Ley 26/2015, el primer párrafo del art. 9.4 CC establece:

«La determinación y el carácter de la filiación por naturaleza se regirán por la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación. A falta de residencia habitual del hijo, o si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación, se aplicará la ley nacional del hijo en ese momento. Si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación o si el hijo careciere de residencia habitual y de nacionalidad, se aplicará la ley sustantiva española. En lo relativo al establecimiento de la filiación por adopción, se estará a lo dispuesto en el apartado 5».

Con esta norma, el derecho español se aleja de sistemas como el francés, el italiano o el belga, que atienden prioritariamente a la nacionalidad (bien de la madre, bien del hijo) en el momento del nacimiento del hijo. En la línea de otros ordenamientos, como el alemán o el suizo, el legislador español opta por un criterio más neutral (no privilegia a ninguno de los progenitores) y realista que atiende en primer lugar a la «conexión social» representada por la residencia habitual del hijo, que el derecho español fija en el momento del establecimiento de la filiación, lo que presupone la mayor vinculación con el ordenamiento de la sociedad en la que está integrado el hijo cuando se va a determinar la filiación. La nacionalidad del hijo pasa a tener un papel subsidiario, y resulta de aplicación cuando el hijo carece de residencia habitual o cuando la ley del país de su residencia habitual no permite determinar la filiación.

La redacción del art. 9.4 CC introducida por la citada Ley 26/2015 no solo fija la norma de conflicto con atención exclusiva en el hijo, sino que además potencia el *favor filii*, al incluir tres puntos de conexión ordenados en cascada: ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación; ley nacional del hijo; y, finalmente, la ley material española si esa ley no permite determinar la filiación o si el hijo carece de residencia habitual y de nacionalidad.

6.- Se trata, por tanto, de una norma materialmente ordenada ya que, además de la conexión con los criterios escogidos, también tiene en cuenta el contenido de las leyes en presencia y el resultado de su aplicación. Ello, en consecuencia, permite afirmar que contiene una carga valorativa material que justifica su aplicación inmediata cuando se plantea el establecimiento de la filiación en un procedimiento judicial.

La aplicación de la nueva ley a los casos todavía no resueltos en el momento de su entrada en vigor no le atribuye un efecto retroactivo, puesto que el hecho del nacimiento, que es el que determina la relación jurídica de la filiación, no ha agotado sus efectos. Resulta razonable que la ley nueva se aplique de manera inmediata no solo al contenido de la filiación sino también a su propia existencia, de modo que el hecho de que la demanda se interpusiera con anterioridad no impide al juez aplicar la ley nueva, salvo que ello comportara la pérdida de algún derecho adquirido conforme a la norma de conflicto anterior.

En atención a la existencia de diversas instancias judiciales, por razones de seguridad jurídica y en aras de evitar la aplicación sorpresiva de un derecho que pudiera resultar imprevisible para alguna de las partes cuando la conexión no guardara relación con los sujetos litigantes (lo que en el caso, por lo demás, no sucede: el demandante y los demandados residen en España y en la demanda se invocó el derecho español), parece razonable añadir que la nueva ley sería aplicable desde su entrada en vigor a todas las acciones judiciales que estuvieran pendientes en primera instancia. Esta solución lógica es, por lo demás, la que de manera expresa consagra en derecho comparado el derecho internacional privado transitorio suizo (art. 198 de la *Loi fédérale sur le droit international privé* de 18 de diciembre de 1987).

Por lo demás, esta interpretación es coherente con lo que hubiera resultado de un comportamiento avisado del demandante. Producido un cambio legal durante el procedimiento, en el caso que nos ocupa, en el que el cambio legislativo tuvo lugar después de la presentación de la demanda, bastaría con un desistimiento de la acción ejercitada y la promoción por el actor de un nuevo juicio para que el asunto se resolviera con arreglo a la nueva ley (arts. 751.2.1.º y 20.2 y 3 LEC), lo que a todas luces muestra que en el presente caso la aplicación rigurosa de la norma vigente cuando se presentó la demanda carecería de buen sentido.



7.- Puesto que, en el presente caso, cuando entró en vigor la nueva redacción del art. 9.4 CC (el 18 de agosto de 2015) la acción de reclamación interpuesta por el demandante estaba pendiente de decidirse en primera instancia, debe ser resuelta con arreglo al citado precepto, que establece como ley aplicable la de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación que, según se ha dicho, es la española.

QUINTO.- De acuerdo con lo dicho, el derecho aplicable al caso es la ley española, pero no por las razones en las que se apoyó la sentencia recurrida.

Llegados a este punto, resulta aplicable la doctrina sobre el efecto útil del recurso de casación, que impide acogerlo cuando, pese a poder encontrar fundamento alguno de los motivos que lo sustentan, el fallo debe ser mantenido con otros argumentos (con cita de otras anteriores, sentencias 440/2012, de 28 de junio, 50/2016, de 11 de febrero, y 52/2018, de 1 de febrero).

Los presupuestos para aplicar esta doctrina concurren en este caso pues, sin necesidad de examinar la corrección del razonamiento del que se sirvió la Audiencia Provincial acerca de la anticipación de la nacionalidad del demandante, lo relevante es que el fallo no variaría de sentido, al considerar aplicable la legislación española, tal y como con otros argumentos hizo la sentencia recurrida.

En aplicación de la doctrina expuesta no es posible estimar el motivo planteado, que suscita controversia sobre la ley aplicable al litigio. La desestimación de su único motivo determina la del recurso de casación

SEXTO.- Conforme a los arts. 394.1 y 398.1 LEC se imponen a la parte recurrente las costas del recurso extraordinario por infracción procesal y las del recurso de casación, con pérdida de los depósitos constituidos para recurrir.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Desestimar los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuesto por D.ª Elisenda, D.ª Luz, D. Jose Carlos, D. Abilio y D.ª Tamara contra la sentencia dictada, con fecha 21 de marzo de 2017, por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, en el rollo de apelación n.º 475/2016, dimanante de los autos de juicio verbal 393/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 16 de Barcelona.

2.º- Confirmar el fallo de la sentencia recurrida.

3.º- Imponer a la parte recurrente las costas del recurso extraordinario por infracción procesal y las de recurso de casación e imponer la pérdida de los depósitos constituidos para la interposición de estos recursos.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.