

La falta de alegación y prueba del Derecho extranjero aplicable. A propósito de la sentencia 183/2023 de la Audiencia Provincial de A Coruña (sección 3<sup>a</sup>), de 24 de mayo

The lack of allegation and proof of applicable foreign Law. Comments on the judicial decision 183/2023 of the Provincial Court of A Coruña (3rd section), issued on May 24, 2023

DRA. SILVIA VILAR GONZÁLEZ  
*Profesor permanente laboral de Derecho Civil*  
*Universitat Jaume I (Castellón de la Plana)*

Recibido: 20.12.2023 / Aceptado: 22.01.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8458

**Resumen:** La Audiencia Provincial de A Coruña resolvió el 24 de mayo de 2023 un recurso de apelación interpuesto contra una sentencia que, a su vez, declaraba caducada una acción de impugnación de la filiación de un menor de nacionalidad venezolana y establecía una prestación alimenticia a su favor. En su sentencia, la Audiencia tras analizar los puntos de conexión que atribuyen jurisdicción y competencia a los tribunales españoles y que permiten determinar el Derecho aplicable en este tipo de supuestos, argumenta sobre la posibilidad de aplicar de oficio el Derecho extranjero pese a la falta de alegación y prueba del mismo por parte de los interesados.

**Palabras clave:** Impugnación de la filiación, pensión de alimentos, reconocimientos de complacencia, prueba del Derecho extranjero.

**Abstract:** On May 24, 2023, the Provincial Court of A Coruña resolved an appeal filed against a ruling that, in turn, declared an action to challenge the filiation of a minor of Venezuelan nationality to have expired, establishing a maintenance benefit in his favor. In its ruling, the Provincial Court, after analyzing the connection points that attribute jurisdiction and competence to the Spanish courts and that allow determining the applicable law in this type of cases, argues about the possibility of applying foreign law ex officio despite the lack of allegation and proof thereof by the interested parties.

**Keywords:** Contestation of parentage, alimony, recognition of complacency, proof of foreign law.

**Sumario:** I. Cuestión litigiosa que da lugar al recurso de apelación planteado. II. Sobre los reconocimientos de complacencia. III. Competencia jurisdiccional y Derecho aplicable en los procedimientos de familia. IV. La falta de prueba del Derecho extranjero. V. Consideraciones finales.

## I. Cuestión litigiosa que da lugar al recurso de apelación planteado

1. Don “Claudio”, nacido en Venezuela, se desplazó hasta España en 2011 para informarse sobre los requisitos necesarios para homologar su título de médico. Tras ello, con la intención de establecerse en España, regresó a su país para vender su vivienda y los restantes bienes que tenía, por lo que tuvo

que alojarse temporalmente en un hotel. Ante esta circunstancia, doña “Carlota”, también venezolana, le ofreció quedarse en su casa, momento en el que aprovechó para confesarle que su hijo “Florencio” era también hijo suyo<sup>1</sup>. El nacimiento de “Florencio” se había inscrito en un Registro Civil de la República Bolivariana de Venezuela en el año 2003.

2. Ante esta situación, pese a las serias dudas que don “Claudio” albergaba sobre su paternidad, como consecuencia de las presiones recibidas por parte de su familia y de la familia de doña “Carlota”, se decidió finalmente a reconocer registralmente al menor como hijo propio y comenzó a ayudar económicamente a la madre del mismo. En mayo de 2013, todos ellos junto con otro hijo previo de doña “Carlota”, se desplazaron hasta España fijando, al parecer, su residencia inicial en Extremadura. Sin embargo, a los pocos meses doña “Carlota” y sus dos hijos se fueron a vivir a Galicia y don “Claudio” fijó su residencia en las Islas Baleares.

3. Según doña “Carlota”, la relación mantenida con don “Claudio” había sido estable y duró unos diez años, rompiéndose cuando ya vivían en España<sup>2</sup>, mientras que según don “Claudio” tan solo habían mantenido relaciones íntimas durante un determinado periodo de tiempo, pero sin existir compromiso ni exclusividad<sup>3</sup>.

4. Durante las vacaciones de Navidad del año 2016, don “Claudio” pagó unos billetes de avión para que don “Florencio” y su hermano fuesen a visitarle a Palma de Mallorca, comprándoles ropa y otros enseres para el resto del año. Sin embargo, a raíz de una pequeña disputa mantenida con los menores por su forma de comportarse, don “Florencio” confesó a don “Claudio” que éste no era su padre y que él no mandaba en su vida<sup>4</sup>. En 2019, también doña “Carlota” confesó a don “Claudio” que el menor no era hijo suyo. Pese a todo lo expuesto, don “Claudio” continuó transfiriendo a la cuenta de doña “Carlota” la cantidad de 200 euros mensuales desde septiembre de 2019 hasta octubre de 2020.

5. El 23 de noviembre de 2020, doña “Carlota” interpuso una demanda contra don “Claudio” en un procedimiento de modificación de medidas, en la que alegaba que éste se había desentendido durante años de su hijo y solicitaba, entre otros aspectos, una prestación de alimentos de 350 euros mensuales a favor de don “Florencio”. La representación de don “Claudio” se opuso, formulando reconvencción. En la reconvencción se señalaba que la filiación con respecto de don “Claudio” derivaba de “un vicio y error en el consentimiento [...] la complacencia<sup>5</sup>”, invocando los artículos 140<sup>6</sup> y 141<sup>7</sup> del Código Civil. La representación de doña “Carlota”, contestando a la reconvencción, prestó su conformidad a la afirmación de que don “Claudio” no era el padre biológico del menor, pero añadió que éste sabía perfectamente que

<sup>1</sup> FD SEGUNDO.5º.c) de la SAP A Coruña (Sección 3ª), núm. 183/2023, de 24 de mayo de 2023 (ECLI:ES:APC:2023:1250).

<sup>2</sup> FD SEGUNDO.4º.a) de la SAP A Coruña (Sección 3ª), núm. 183/2023, cit.

<sup>3</sup> FD SEGUNDO.5º.a) de la SAP A Coruña (Sección 3ª), núm. 183/2023, cit.

<sup>4</sup> FD SEGUNDO.5º.e) de la SAP A Coruña (Sección 3ª), núm. 183/2023, cit.

<sup>5</sup> Los “reconocimientos de complacencia” suelen ser habituales cuando un varón, pese a saber que no es el padre biológico de un menor, comparece ante el Encargado del Registro Civil con la intención de reconocerlo como propio, darle sus apellidos y asumir las obligaciones paterno-filiales derivadas de esta condición. I. CORDERO CUTILLAS, *La impugnación de la paternidad matrimonial*, Publicacions de la Universitat Jaume I, Castelló de la Plana, 2001, p. 60. Será más complicado que una mujer pueda llevar a cabo un reconocimiento de complacencia, ya que la inscripción de filiación con respecto de la madre -o persona gestante- se practicará “siempre que se pruebe cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo” (art. 44.6 LRC2011). Sin embargo, cabe recordar que sí se prevé que una mujer que se encuentre casada con otra mujer que se esté sometiendo a una fecundación con contribución de donante o donantes a través de una técnica de reproducción asistida, pueda consentir “en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge” (art. 7 LTRHA) y que la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación no se podrá impugnar (art. 8 LTRHA).

<sup>6</sup> Art. 140 CC. “[...] Cuando exista posesión de estado, la acción de impugnación corresponderá a quien aparece como hijo o progenitor y a quienes por la filiación puedan resultar afectados en su calidad de herederos forzosos. La acción caducará pasados cuatro años desde que el hijo, una vez inscrita la filiación, goce de la posesión de estado correspondiente. [...]”.

<sup>7</sup> Art. 141 CC. “La acción de impugnación del reconocimiento realizado mediante error, violencia o intimidación corresponderá a quien lo hubiere otorgado. La acción caducará al año del reconocimiento o desde que cesó el vicio de consentimiento, [...]”.

no era su hijo, por lo que no cabe hablar de error en el consentimiento. Invocó, además, la excepción de caducidad de la acción en el acto del juicio.

6. Cabe destacar que, en el momento de la interposición de la demanda, todos los afectados tenían establecida su residencia habitual en España, continuaban siendo ciudadanos venezolanos y don “Florencio” seguía siendo menor de edad, aunque alcanzó la mayoría de edad durante la tramitación del procedimiento. También durante dicha tramitación, se otorgó a doña “Carlota” y a don “Florencio” la nacionalidad española.

7. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Betanzos de 27 de febrero de 2023 que dio lugar al recurso planteado, había estimado parcialmente la demanda y, entre otros aspectos, declaró caducada la acción para la impugnación de la paternidad del demandado, acordó establecer la guarda y custodia de don “Florencio” a favor de su madre, mantuvo la patria potestad compartida entre sus dos progenitores y fijó la pensión por alimentos que debía abonar el padre “en 200 euros, hasta que [don “Florencio” pudiera] acceder al mercado laboral y disponer de independencia económica una vez terminados sus estudios [...] revalorizable anualmente conforme al índice económico aplicable”<sup>8</sup>. Los gastos extraordinarios debían correr al 50 por cien entre ambos progenitores. Contra dicha sentencia, el demandado reconviniente interpuso recurso de apelación sobre impugnación de paternidad y establecimiento de prestación alimenticia. En el momento de la interposición del recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de A Coruña, don “Claudio” residía en Dublín (República de Irlanda).

8. Con fecha 24 de mayo de 2023 la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de A Coruña dictó sentencia por la que estimó el recurso de apelación presentado, revocó la sentencia del Juzgado de Primera Instancia apelada y desestimó la demanda formulada por doña “Carlota”. La Audiencia estimó la acción de impugnación de filiación convencional y declaró que don “Florencio” no era hijo del demandado, por lo que absolvió finalmente a don “Claudio” de la pretensión de abono de la prestación alimenticia. Pero veamos por qué.

## II. Sobre los reconocimientos de complacencia

9. Con respecto a la impugnación de la paternidad planteada por parte de don “Claudio”, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción consideró que el consentimiento que éste otorgó ante el Registro Civil en Venezuela no había sido un reconocimiento de complacencia, ya que no constaba que supiera que no era el padre biológico de Florencio en el momento de prestarlo<sup>9</sup>. También señala que estamos ante un “reconocimiento inexacto” puesto que resulta verosímil, o al menos factible, que el reconocedor pudiera haber sido el padre del menor -puesto que había mantenido en el pasado relaciones con la madre de éste- y que, aunque realmente hubiera existido un vicio en dicho reconocimiento derivado del engaño urdido por parte de la demandante, el error había cesado en 2019, momento en que doña “Carlota” confirmó a don “Claudio” que no era el padre biológico del menor, por lo que la acción del artículo 141 del Código Civil ya había caducado por haber transcurrido más de un año desde entonces.

10. En la sentencia del Juzgado de Primera Instancia se invoca la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo recogida en la STS núm. 496/2016, de 15 de julio<sup>10</sup>. En el caso abordado por la sentencia, un varón había reconocido, constante matrimonio, como hija propia a la descendiente de su esposa, sabiendo perfectamente que no lo era en realidad y prescindiendo por completo de la realidad biológica. Se trataba, por tanto, de un reconocimiento de complacencia.

<sup>8</sup> AH PRIMERO de la SAP A Coruña (Sección 3ª), núm. 183/2023, cit.

<sup>9</sup> FD SEGUNDO.8º.a) de la SAP A Coruña (Sección 3ª), núm. 183/2023, cit.

<sup>10</sup> STS (Sala de lo Civil, Pleno) núm. 494/2016, de 15 de julio de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:3192).

**11.** Tras cesar la convivencia del matrimonio, la esposa inició el procedimiento de divorcio y el esposo interpuso una acción de impugnación de reconocimiento de filiación de la niña. Cabe señalar que la niña había nacido en 2003, que el demandante y la demandada habían contraído matrimonio en septiembre de 2007, el reconocimiento de la filiación en el Registro Civil se había producido en noviembre de 2009 y la demanda de impugnación se planteó en marzo de 2012.

**12.** La representación del actor alegaba que los reconocimientos de complacencia son radicalmente nulos *ab initio* e insanables “por falta misma del objeto”<sup>11</sup>, mientras que la representación de la demandada señalaba que “los mayores de edad respondemos de todos nuestros actos”<sup>12</sup> y que, por lo tanto, al haber practicado el actor su reconocimiento con pleno conocimiento de que la menor no era su hija biológica, no existía ningún error invalidante en el consentimiento<sup>13</sup>. La demandada alegaba también que el plazo para interponer la demanda había caducado ya que nos encontramos ante una filiación matrimonial y, por tanto, ya había se había excedido el periodo de un año contemplado en el artículo 136 del Código Civil.

**13.** El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Málaga desestimó la demanda, reconociendo el carácter matrimonial de la filiación y, por tanto, caducado el plazo para interponer la acción de impugnación de la paternidad, no apreciando tampoco que se hubiera acreditado vicio alguno en la voluntad del actor.

**14.** Contra esta sentencia el actor interpuso recurso de apelación, en el que se acogía a la doctrina en materia de reconocimientos de complacencia fijada por la Sala de lo Civil en las STS de 27 de mayo 2004<sup>14</sup> y de 12 de julio de 2004<sup>15</sup>. Sin embargo, la Audiencia Provincial de Málaga<sup>16</sup> consideró que la que debía aplicarse al caso enjuiciado era la más reciente STS de 10 de mayo de 2012<sup>17</sup> la cual, tras referirse a las citadas sentencias del año 2004, establece que el “reconocimiento, efectuado constante matrimonio, atribuye a la filiación reconocida el carácter de matrimonial, puesto que el matrimonio de los padres produce el cambio de régimen de la filiación”<sup>18</sup>. Por tanto, la naturaleza matrimonial de la filiación impugnada, impide la aplicación del artículo 140 del Código Civil, tal y como pretende el recurrente, por lo que habiendo transcurrido el plazo de un año previsto en el artículo 136 del Código y no concurriendo ningún vicio de la voluntad en el reconocimiento, no podía prosperar el recurso de casación formulado por la representación procesal del demandante. La sentencia del Tribunal Supremo del año 2016, desestimó el recurso de casación interpuesto por el actor, confirmando la resolución de la Audiencia Provincial reseñada.

<sup>11</sup> FD PRIMERO de la STS (Sala de lo Civil, Pleno) núm. 494/2016, cit.

<sup>12</sup> Ibid.

<sup>13</sup> Ibid.

<sup>14</sup> STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 453/2004, de 27 de mayo de 2004 (ECLI:ES:TS:2004:3668). En este caso, el demandante había reconocido a un menor como propio por complacencia, antes de haber contraído matrimonio civil con la madre de éste, por lo que se amparó en el plazo de cuatro años del art. 140 CC para promover la declaración de nulidad de dicho reconocimiento. En la sentencia se señala que el mencionado art. 140 CC se proyectaría tanto “a los hijos nacidos sin que los padres se hubieran casado, como a los nacidos antes del matrimonio y no resultan hijos biológicos [...], no obstante el matrimonio [posterior] de la madre progenitora y padre no progenitor”. La Sala del Supremo declaró la nulidad del reconocimiento realizado de la paternidad biológica del menor, otorgando prioridad a la verdad biológica sobre la presunta resultante del estado matrimonial, por lo que consideró desvanecida por completo la presunción del art. 116 CC al haberse probado que el hijo reconocido no era hijo biológico del recurrente.

<sup>15</sup> STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 669/2004, de 12 de julio de 2004 (ECLI:ES:TS:2004:5032). En este caso se aborda la impugnación de un reconocimiento de complacencia de una menor, llevado a cabo una vez casados por lo civil la madre de la niña y el demandante. En la *ratio decidendi* de la sentencia objeto de recurso se había señalado que no podía aceptarse que éste pudiera cuando le convenga y “so pretexto de que coincidiera la verdad material con la formal, [...] desdecirse de lo que de forma tan solemne y libre manifestó en su día ante el Encargado del Registro Civil, obligándose a las consecuencias de comportarse como padre de la reconocida aceptando ser tenido como tal aun sabiendo que biológicamente no lo era”. Por el contrario, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación, reiterando la línea de interpretación señalada en la sentencia anteriormente mencionada, que otorgaba prioridad a la verdad biológica sobre la resultante del estado matrimonial.

<sup>16</sup> SAP Málaga (Sección 6ª) núm. 8/2015, de 14 de enero de 2015 (ECLI:ES:APMA:2015:418).

<sup>17</sup> STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 300/2012, de 10 de mayo de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:3058).

<sup>18</sup> FD TERCERO.4º de la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 300/2012, cit.

### III. Competencia jurisdiccional y Derecho aplicable en los procedimientos de familia

15. Regresando al caso que nos ocupa y antes de entrar en los motivos del recurso de apelación, la Audiencia Provincial de A Coruña trató de dilucidar cuál era la jurisdicción competente para pronunciarse sobre un asunto de filiación y alimentos entre ciudadanos venezolanos, así como el Derecho aplicable a los referidos temas.

16. Con respecto a la primera de las cuestiones, el artículo 22 quáter de la Ley Orgánica del Poder Judicial atribuye competencia a los tribunales españoles para pronunciarse en materia de filiación, siempre que el hijo o menor tenga establecida su residencia habitual en España en el momento de interponerse la demanda o si el demandante es español o reside habitualmente en nuestro país (art. 22 quáter.d) LOPJ), y también atribuye a nuestros tribunales competencia en materia de alimentos si el acreedor de los mismos o el demandado tienen su residencia habitual en España (art. 22 quáter.f) LOPJ). Por tanto, dado que todos los afectados por el procedimiento tenían establecida su residencia habitual en España en el momento de formalizarse la demanda, no cabe duda de que los tribunales españoles son competentes para enjuiciar las cuestiones planteadas por las partes<sup>19</sup>.

17. En cuanto al Derecho aplicable, partiendo de la consideración de que doña “Carlota”, don “Florencio” y don “Claudio” ostentaban la nacionalidad venezolana en el momento de interponerse la demanda, la Audiencia considera que los tribunales españoles deben aplicar de oficio las normas de conflicto del Derecho español, tal y como establece el artículo 12.6 del Código Civil. En dicho sentido, en cuanto al Derecho aplicable a la determinación y carácter de la filiación por naturaleza, teniendo en cuenta que el artículo 9.4 del Código Civil remite a la ley de la residencia habitual del menor “en el momento de establecerse la filiación”<sup>20</sup> y, dado que don “Florencio” residía entonces en la República Bolivariana de Venezuela, la legislación que resultaría de aplicación a esta cuestión sería la venezolana. En segundo lugar, en materia de obligaciones de alimentos entre parientes, el artículo 9.7 del Código remite al Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, en cuyo artículo 3.1 se establece que este tipo de obligaciones “se regirán por la ley del Estado de la residencia habitual del acreedor”<sup>21</sup>, por tanto, la ley española.

### IV. La falta de prueba del Derecho extranjero

18. Considerando que el Derecho aplicable en el presente asunto en materia de filiación es el venezolano, la Audiencia Provincial de A Coruña apela al artículo 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>22</sup> que exige probar el contenido y vigencia del Derecho extranjero, pero que también faculta al tribunal para valerse de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación.

19. En dicho sentido, continúa argumentando la sentencia que, en la medida en “que los jueces españoles no tienen obligación de conocer el Derecho extranjero”<sup>23</sup>, se ha exigido históricamente su prueba, de forma que en este extremo el Derecho recibe un tratamiento similar al que reciben los hechos, pues debe ser objeto de alegación y prueba [...] con la particularidad de que el tribunal puede valerse de los medios que estime necesarios, y se hallen a su alcance, para conocer ese Derecho extranjero a apli-

<sup>19</sup> Sin perjuicio de que los tribunales de otro Estado pudieran también declararse competentes, tal y como establece la sentencia en su FD TERCERO de la SAP A Coruña (Sección 3ª), núm. 183/2023, cit.

<sup>20</sup> FD CUARTO de la SAP A Coruña (Sección 3ª), núm. 183/2023, cit.

<sup>21</sup> Art. 3.1 Protocolo sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias, hecho en La Haya el 23 de noviembre de 2007.

<sup>22</sup> Al que remite el art. 33.1 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil. Art. 33 LCJIMC. “De la prueba del Derecho extranjero. 1. La prueba del contenido y vigencia del Derecho extranjero se someterá a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil y demás disposiciones aplicables en la materia.”

<sup>23</sup> Y ello es así porque “el principio *iura novit curia* no opera en nuestro ordenamiento respecto a la prueba del Derecho extranjero; el juez no tiene obligación de aplicar de oficio un Derecho extranjero”. YBARRA BORES, “La prueba del Derecho extranjero y el artículo 33.3 de la Ley 29/2015, de cooperación jurídica internacional en materia civil”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, núm. 1, 2022, p. 526.

car; si bien es una mera facultad, no una obligación”<sup>24</sup>. En dicho sentido, hallándonos inmersos en pleno siglo XXI -también conocido como “siglo de la información”-, en el que la sociedad está interconectada y nos movemos en entornos digitales, “la acreditación del Derecho extranjero ha dejado de ser una tarea ardua y casi imposible (salvo casos particulares) [siendo] muchos los medios al alcance de las partes y del Tribunal para lograr el objetivo”<sup>25</sup>.

**20.** En este contexto, dado que la Ley de Enjuiciamiento Civil no ofrece ninguna respuesta a aquellos casos en los que alguna de las partes no pudiera alegar o probar el Derecho extranjero, ni tampoco lo hace la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil<sup>26</sup>, son la doctrina<sup>27</sup> y la jurisprudencia<sup>28</sup> quienes han fijado diferentes tesis que tratan de resolver esta cuestión. Sin embargo, las respuestas otorgadas no son uniformes y van desde la necesidad de aplicar de oficio el Derecho extranjero en estos casos, hasta la necesidad de desestimar la demanda<sup>29</sup> o, incluso, abogan por la aplicación del Derecho español, en línea con lo dispuesto en el artículo 33.3 de la Ley 29/2015<sup>30</sup>.

**21.** El argumento favorable a la aplicación de oficio del Derecho extranjero se sustentaría en el carácter imperativo de las normas de conflicto españolas (art. 12.6 CC<sup>31</sup>). Con respecto a esta postura, debemos recordar que “el sistema español de alegación y prueba del Derecho extranjero está diseñado para que la carga de la prueba recaiga sobre las partes según el artículo 282 de la LEC”<sup>32</sup>, por lo que optar por esta posibilidad podría ir “en contra del principio de congruencia de la sentencia, el principio dispositivo y el de justicia rogada”<sup>33</sup>. En principio, la parte deberá ser quien aporte y, si el Juez la considera suficiente, aplicará el Derecho extranjero, pero si los medios a su alcance no llegan “a ser suficientes para acreditar satisfactoriamente el Derecho extranjero, el juez estará obligado a colaborar con las partes. En estos casos, la facultad reconocida al juez por el art. 281.2 LEC, deviene en un deber”<sup>34</sup>. Sin embargo, tal y como afirma el profesor ORTEGA GIMÉNEZ, “teniendo en cuenta las amplias facultades de investigación de oficio de los Juzgados y Tribunales en relación con el Derecho extranjero, así como

<sup>24</sup> FD QUINTO de la SAPA Coruña (Sección 3ª), núm. 183/2023, cit.

<sup>25</sup> P. DIAGO DIAGO, “La prueba del Derecho extranjero tras la Ley de Cooperación Jurídica internacional en materia civil”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, t. XVII, 2017, p. 556.

<sup>26</sup> Esta ausencia de regulación para los casos de falta de prueba del Derecho extranjero, es uno de los principales problemas del sistema español de Derecho internacional privado, tal y como afirma A. YBARRA BORES, “La prueba del Derecho extranjero...”, cit., p. 525.

<sup>27</sup> Véase, por ejemplo, A. ORTEGA GIMÉNEZ, “Cuestiones prácticas acerca del régimen de alegación y prueba del derecho extranjero en España”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 1, 2014, pp. 205-210; o I. LORENTE MARTÍNEZ, “Prueba y alegación del Derecho extranjero en el Derecho internacional privado europeo y español. La influencia de las Partidas y de Jacobo de las Leyes”, *Actualidad Civil*, núm. 10, 2022.

<sup>28</sup> Véase, entre otras, la STC (Sala 2ª), núm. 155/2001, de 2 de julio (ECLI:ES:TC:2001:155); o la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 723/2001, de 17 de julio (ECLI:ES:TS:2001:6284), que señala en su FD SEGUNDO, entre otros extremos, que “cuando a los Tribunales españoles no les es posible fundamentar con seguridad absoluta la aplicación del Derecho extranjero, habrán de juzgar y fallar según el Derecho patrio”. En el mismo sentido la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 198/2015, de 17 de abril (ECLI:ES:TS:2015:1868); o la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 578/2021, de 27 de julio (ECLI:ES:TS:2021:3188).

<sup>29</sup> En ocasiones preferible a la aplicación del Derecho sustantivo español, en su defecto, tal y como afirma J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Falta de prueba del Derecho extranjero”, *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 20, 2018, pp. 11-20.

<sup>30</sup> Véase, por ejemplo, F.J. BARRENA BENITO, “La prueba del Derecho extranjero en el ordenamiento jurídico español”, *Revista del Centro de Estudios Jurídicos y de Postgrado*, núm. 3, 2022, pp. 320-337.

<sup>31</sup> Art. 12 CC. “[...] 6. Los Tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del derecho español”. Este art. 12.6 CC debería “orientar la interpretación de todos los preceptos relativos al régimen procesal del Derecho extranjero como lo haría una estrella polar”. En P. DIAGO DIAGO, “La prueba del Derecho extranjero...”, cit., p. 535.

<sup>32</sup> A. ORTEGA GIMÉNEZ, *Alegación y medios de prueba del Derecho extranjero en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 197.

<sup>33</sup> *Ibid.*

<sup>34</sup> Podemos decir que el sistema español relativo a la carga de la prueba del Derecho extranjero es, por tanto, mixto. P. DIAGO DIAGO, “La prueba del Derecho extranjero...”, cit., p. 556.

las especialidades del mismo [...] que impiden su equiparación completa a la prueba de los hechos, [su posible] aplicación de oficio [...] es perfectamente ajustada a Derecho”<sup>35</sup>.

**22.** La opción de desestimar la demanda en caso de que un determinado litigio deba regirse por el Derecho extranjero pero éste no se alegue o no se pruebe, es la tesis doctrinal mayoritaria<sup>36</sup>, pero no la más seguida por la jurisprudencia española. Así, por ejemplo, el profesor CARRASCOSA GONZÁLEZ afirma que en los “casos de falta voluntaria de prueba del Derecho extranjero, la desestimación de la demanda constituye una solución más eficiente, eficaz y efectiva y jurídicamente mejor argumentada”<sup>37</sup> que optar por la “pétreo aplicación inflexible del Derecho sustantivo español”<sup>38</sup>. Por el contrario, otros autores<sup>39</sup> consideran que la falta de acreditación de este Derecho extranjero no debería tener “como radical consecuencia la desestimación de la demanda o la desestimación de la pretensión de la parte que lo invoca, sino la aplicación del Derecho español”<sup>40</sup>. En este mismo sentido se pronunció expresamente el Tribunal Constitucional español en su sentencia núm. 155/2001, de 2 de julio, en la que exige “estar, en defecto de prueba del Derecho extranjero invocado en el proceso, al Derecho español”<sup>41</sup>, lo que considera más respetuoso con el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución española que optar por la desestimación de la demanda. Sin embargo, como acertadamente considero que se afirma en el Auto de la Audiencia Provincial de Salamanca núm. 124/2021, de 10 de septiembre<sup>42</sup> “el respeto a la imperatividad de las normas de conflicto impide excluirlas con la aplicación de la *lex fori* a la mínima oportunidad, cosa que favorecería dejar la aplicación de las normas de conflicto a la libre voluntad de las partes, que tendrían suficiente con no alegar el derecho extranjero para eludir su aplicación cuando no les interesara, aunque a él se remitiera la norma de conflicto”<sup>43</sup>.

**23.** Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo núm. 578/2021, de 27 de julio<sup>44</sup>, afirma que la prueba del Derecho extranjero podrá practicarse incluso en apelación y casación, siempre y cuando haya “sido alegado en el momento procesal oportuno, que de ordinario es la demanda o la contestación a la demanda, y cuando [sirva] para fundar las consecuencias jurídicas que la parte intenta anudar a hechos y pretensiones oportunamente introducidas en el proceso, posibilitando que el tribunal aplique con más seguridad el Derecho extranjero que fue oportunamente alegado”<sup>45</sup>. Por el contrario, no considera admisible permitir la aportación de prueba sobre el Derecho extranjero en los recursos, si ello supone alterar los términos en que se fijó el debate en la demanda, en la contestación y en la audiencia previa implicando, por tanto, que dicho recurso se convierta en un nuevo juicio en el que se modifique el objeto del proceso.

**24.** En cualquier caso, en el supuesto que nos ocupa, no es ninguna de las partes la que ha aportado la prueba del Derecho extranjero en este momento procesal, sino que ha sido la propia Audiencia Provincial de A Coruña quien se ha decantado por investigar y aplicar de oficio el Derecho que considera aplicable al caso, esto es, el venezolano, dado que considera que el Derecho español debe aplicarse solo excepcionalmente “en aquellos supuestos en los que no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero” (art. 33.3 LCJIMC). Para ello, buscó y descargó a través de Internet el Código Civil vigente en la República Bolivariana de Venezuela y, tras interpretar diversos de sus preceptos, consideró que no parece estipularse un plazo de caducidad para las acciones de

<sup>35</sup> A. ORTEGA GIMÉNEZ, *Alegación y medios de prueba...*, cit., p. 108.

<sup>36</sup> Véase, entre otros, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Falta de prueba del Derecho...”, cit.; A. ORTEGA GIMÉNEZ, *Alegación y medios de prueba...*, cit.

<sup>37</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Falta de prueba del Derecho...”, cit., p. 11.

<sup>38</sup> *Ibid.*

<sup>39</sup> Como F.J. BARRENA BENITO, “La prueba del Derecho extranjero...”, cit.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 330.

<sup>41</sup> FJ 5 de la STC (Sala 2ª), núm. 155/2001, cit.

<sup>42</sup> AAP Salamanca (Sección 1ª), núm. 124/2021, de 10 de septiembre (ECLI:ES:APSA:2021:390A).

<sup>43</sup> RJ CUARTO de la AAP Salamanca (Sección 1ª), núm. 124/2021, cit.

<sup>44</sup> STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 578/2021, cit.

<sup>45</sup> FD SEXTO.1 de la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 578/2021, cit.

impugnación de la filiación, por lo que éstas no prescribirían y que, “[a] diferencia del código español, no se reconocen específicamente acciones de impugnación por vicios del consentimiento [...por lo que] la acción puede ejercitarla quien reconoce, en cuanto tiene interés legítimo, y sin plazo prescriptivo”<sup>46</sup>.

**25.** Por todo lo señalado, habiendo reconocido doña “Carlota” que don “Florencio” no era hijo biológico de don “Claudio”, la Audiencia Provincial terminó estimando la impugnación del reconocimiento efectuado, revocando la sentencia apelada y desestimando, por tanto, la demanda de prestación de alimentos, al no ser don “Claudio” el progenitor del ya mayor de edad, ni encontrarse entre los familiares obligados a ello comprendidos en el artículo 143 del Código Civil<sup>47</sup>.

## V. Consideraciones finales

**26.** Más allá de las dificultades aparejadas a la prueba el Derecho extranjero, cuando de conformidad con nuestras normas de conflicto, un ordenamiento jurídico foráneo al español deba ser aplicado a la cuestión planteada y ninguna de las partes lo haya alegado o probado, nos encontramos ante un dilema todavía mayor. Ni la Ley de Enjuiciamiento Civil, ni la de cooperación jurídica internacional en materia civil, se han pronunciado expresamente sobre qué hacer en estos casos, lo que dará lugar a situaciones dispares en la práctica, a una falta de uniformidad en los resultados alcanzados y a una notable inseguridad jurídica.

**27.** Como sabemos, aunque los tribunales están obligados a aplicar de oficio las normas de conflicto, si la parte a quien interesa la aplicación del Derecho extranjero no lo ha alegado o no ha podido acreditar adecuadamente su contenido y vigencia, el artículo 33.3 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil permite que los tribunales españoles puedan aplicar “excepcionalmente” a estas situaciones nuestra normativa sustantiva interna. Sin embargo, este carácter excepcional y subsidiario predicado por la Ley 29/2015, se ha convertido en regla general en la práctica, optándose por la aplicación de la *lex fori* a la mínima oportunidad.

**28.** Consideramos que lo más adecuado sería que el legislador español colmase el vacío legal ante el que nos encontramos cuando se produce la falta de alegación y prueba del Derecho extranjero que, conforme a las normas de conflicto, debe ser de aplicación al supuesto enjuiciado. A dichos efectos, no resultaría descabellado en absoluto que se permitiera expresamente que los jueces y tribunales pudieran indagar, de oficio o a instancia de parte, sobre el contenido y vigencia de las normas extranjeras aplicables al caso, hubieran sido o no alegadas y probadas por las partes.

**29.** Ante el profundo silencio de la norma española con respecto a esta cuestión, la Audiencia Provincial de A Coruña ha optado en esta ocasión por investigar y aplicar de oficio el Derecho extranjero, pese a no haber sido alegado en absoluto por las partes en la demanda, en la contestación, ni en los escritos de interposición y de oposición al recurso de apelación, lo que por algunos se interpretará como una extralimitación del Tribunal y, por otros, como la solución más adecuada. Habrá que esperar a ver cómo se pronuncia el Tribunal Supremo en relación con el supuesto objeto del presente estudio -siempre y cuando las partes se decidan a continuar litigando-, o bien, a la respuesta que el legislador español otorgue a esta falta de claridad normativa, en caso de que se decida a ello en algún momento.

<sup>46</sup> FD SEXTO de la SAPA Coruña (Sección 3ª), núm. 183/2023, cit.

<sup>47</sup> Según dicho artículo, los obligados a prestarse recíprocamente alimentos son los cónyuges, ascendientes y descendientes, así como los hermanos en determinadas circunstancias.