



Roj: **SAP S 549/2018 - ECLI: ES:APS:2018:549**

Id Cendoj: **39075370022018100212**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Santander**

Sección: **2**

Fecha: **26/09/2018**

Nº de Recurso: **462/2018**

Nº de Resolución: **505/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **MILAGROS MARTINEZ RIONDA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL SECCIÓN 2

Avda Pedro San Martín S/N

Santander

Teléfono: 942357123

Fax.: 942357142

Modelo: AP004

Filiación 0000592/2017 - 00

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 9 de Santander

Proc. RECURSO DE APELACIÓN

Nº 0000462/2018

NIG: 3907542120170010299

Resolución: Sentencia 000505/2018

Apelante: Zulima ; Procurador: ALFONSO ALVAREZ PAÑEDA

Apelado: Juan María ; Procurador: ESTELA MORA GANDARILLAS

SENTENCIA Nº 000505/2018

Ilmo. Sr. Presidente:

Don José Arsuaga Cortázar

Ilmos. Sres. Magistrados:

Don Javier de la Hoz de la Escalera

Doña Milagros Martínez Rionda

En la Ciudad de Santander a veintiséis de septiembre de dos mil dieciocho.

Vistos en trámite de apelación ante esta Sección Segunda de la Ilma. Audiencia Provincial de Cantabria los presentes Autos de Filiación número 592 de 2017, (Rollo de Sala número 462 de 2018), procedentes del Juzgado de Primera Instancia número 9 de los de Santander, seguidos a instancia de doña Zulima contra don Juan María .

En esta segunda instancia ha sido parte apelante doña Zulima , representada por el Procurador Sr. Alvarez Pañeda y asistido por el Letrado Sr. Trueba Arguiñarena; y parte apelada don Juan María , representado por la Procuradora Sra. Mora Gandarillas y asistido por el Letrado Sr. Noreña Delgado. Con la intervención del Ministerio Fiscal.



Es ponente de esta resolución la Ilma. Sra. Magistrada doña Milagros Martínez Rionda.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 9 de los de Santander y en los autos ya referenciados, se dictó Sentencia con fecha 4 de Abril de 2018, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"FALLO: Que desestimando la demanda deducida por el Procurador Sr. Alvarez, en nombre y representación de Dña. Zulima , contra D. Juan María , debo absolver y absuelvo a dicho demandado de las pretensiones deducidas en contra suya. En cuanto a las costas, se imponen a la parte demandante".

SEGUNDO: Contra dicha Sentencia, la representación de la parte demandante interpuso en tiempo y forma recurso de apelación, que fue admitido a trámite por el Juzgado; y tramitado el mismo, se remitieron las actuaciones a la Iltra. Audiencia Provincial, previo emplazamiento de las partes, habiendo correspondido por turno de reparto a esta Sección Segunda, donde se ha deliberado y fallado el recurso el día señalado, quedando pendiente de dictarse la resolución correspondiente.

TERCERO: En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales, excepto el plazo para resolver el recurso, en razón a la existencia de otros asuntos civiles señalados con anterioridad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se admiten los de la sentencia de instancia, en tanto no sean contradictorios con los que a continuación se establecen, y

PRIMERO.- La resolución del recurso interpuesto ha de efectuarse en atención a los siguientes hechos probados:

1º) La actora suscribió en exclusiva el protocolo de consentimiento informado de las técnicas de reproducción humana asistida en fecha 12 de febrero del 2.016, prosiguiendo dicho tratamiento en la Unidad de Reproducción asistida del Hospital DIRECCION000 sin participación alguna del demandado.

2º) El tratamiento obtuvo éxito y la actora tuvo dos hijos, Cipriano y Elisenda , nacidos en fechas NUM000 del 2.016.

3º) En el momento de practicar la correspondiente inscripción de nacimiento, el 14 de noviembre del 2.016, se hizo constar como padre al demandado, el Sr. Inocencio .

4º) No consta acreditada la convivencia continuada de los litigantes con anterioridad al nacimiento de los niños, residiendo actualmente los menores con la madre.

Con estos antecedentes, la actora y madre de los menores ejercita las acciones de impugnación de la paternidad extramatrimonial del demandado mediante demanda que ha sido interpuesta en fecha 11 de septiembre del 2.017.

SEGUNDO.- El art. 7 de la Ley 14/ 2.006 de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida, con la reforma introducida por la Disposición Final 5. 2 de la 19/ 2.015, establece en el art. 7 que la filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida se regulará por las Leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los siguientes artículos.

Añade seguidamente que "en ningún caso la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que pueda inferirse el carácter de la generación".

Respecto a la aplicación al caso de la normativa general del CC o, por el contrario, de la especial contenida en la ley de técnicas de reproducción humana asistida, hemos de tener en cuenta que en el supuesto en el que nos encontramos, de fecundación asistida con semen de tercero, sólo en el caso de que se haya producido el consentimiento expreso del varón al tratamiento se contemplan especificidades en materia de filiación, previéndose normativamente que la paternidad del nacido corresponde en este supuesto al varón que ha prestado el consentimiento de referencia , lo que conlleva la asunción irreversible de las responsabilidades parentales.

Así lo ha visto el art. 8.2 de la ley cuando considera escrito indubitado a los efectos previstos en el apartado 8 del artículo 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, el documento extendido ante el centro o servicio autorizado en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución de donante prestado por varón no casado con anterioridad a la utilización de las técnicas.



Determinada así legalmente la filiación, cabe entender que, aunque el art. 8.2 de la Ley sólo hace mención a la filiación paterna matrimonial, son igualmente aplicables sus efectos a la filiación paterna extramatrimonial, de manera que posteriormente no cabría una impugnación basada en la falta de relación biológica.

Establece el indicado art. 8.1: "Ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación".

Las anteriores consideraciones nos conducen a establecer la inaplicación al caso de la normativa especial contenida en la Ley de Reproducción asistida, puesto que el demandado no ha tenido intervención alguna en el tratamiento ni, por consiguiente, ha prestado el consentimiento formal para su realización, en los términos previstos en el art. 6 de dicha norma, siendo totalmente ajeno a la decisión de la madre de engendrar a los que fueron posteriormente por él reconocidos.

TERCERO.- Nos encontramos así en el estricto ámbito de aplicación del ce, de forma que sólo la luz de sus disposiciones ha de examinarse la viabilidad de las acciones de impugnación de la filiación paterna extramatrimonial inscrita mediante el denominado "reconocimiento de complacencia", con la aquiescencia de la madre de los menores y a sabiendas del hecho de no ser el demandado padre biológico de los dos menores reconocidos.

Para estos supuestos el Tribunal Supremo, en sentencia de 4 de julio de 2011, establece un criterio doctrinal en relación con la determinación de la filiación derivada de reconocimiento y la acción de impugnación de la misma.

Así se afirma en dicha resolución que "esta Sala declara que: El reconocimiento de hijo extramatrimonial, prescindiendo de que sea un reconocimiento de complacencia, está sometido a la normativa general de todo reconocimiento, como medio de determinación de la filiación extramatrimonial (artículo 120.1 CC), y dentro del mismo, a la acción de impugnación que contempla el artículo 140 CC".

El T.S., en reciente sentencia de 28 de noviembre del 2.016, con cita de resoluciones anteriores en las que se establece la referida doctrina unificada, explicita concretos criterios legales en materia de impugnación de la filiación así reconocida, que este tribunal entiende extrapolables al supuesto que ahora nos ocupa.

Al examinar un supuesto en el que el propio reconocedor ejercita acciones de impugnación de su paternidad extramatrimonial se viene a establecer que aún cuando el reconocimiento resulte irrevocable y no pueda mantenerse la concurrencia del error al que se refiere el art. 138 del CC, el art. 140 del CC no priva de legitimación al reconocedor por el hecho de que haya reconocido teniendo la convicción de no ser el padre biológico del menor.

El reconocedor no puede ejercitar acciones de anulabilidad fundadas en vicios de consentimiento por error, pues sabe que no es el padre biológico, y la irrevocabilidad del reconocimiento implica que el reconocedor no puede hacerlo ineficaz mediante una posterior declaración de retractación, pero no puede calificarse de revocación la ineficacia sobrevenida del reconocimiento a consecuencia de haber prosperado la acción de impugnación de la paternidad por no ser el reconocedor el padre biológico del reconocido.

Cabe así mantener también la legitimación activa de la madre para ejercitar esta misma acción de impugnación de un reconocimiento al que prestó su conformidad sabiendo que el que reconocía no era el padre biológico.

Señala la referida sentencia del T.S. que no cabe invocar el art. 7. 1 del ce (doctrina de los actos propios) pues las cuestiones de estado civil son de orden público indisponible (art. 1.814 del CC).

Se dice igualmente que la solución que posibilita la impugnación del reconocimiento de complacencia por los propios reconocedores es solución moderada que conjuga adecuadamente los intereses en juego (tanto de seguridad jurídica como de estabilidad en las relaciones familiares y en el estado civil) atendiendo a los breves plazos de caducidad de uno y cuatro años establecidos con carácter general en los arts. 136 y 140 del Ce y que, en el concreto caso en el que nos encontramos, no habrían trascurrido en ningún caso.

CUARTO.- Los anteriores razonamientos conducen al acogimiento del recurso y a la estimación de la demanda formulada, sin imposición de costas en ambas instancias, dadas las dudas de derecho que suscita la cuestión debatida y teniendo en cuenta asimismo que el debate planteado afecta a cuestiones de orden pública relacionadas con el estado civil y con la protección de dos menores.

Así, en ejercicio de la potestad jurisdiccional que nos ha conferido la Constitución Española, y en nombre de Su Majestad el Rey,

FALLAMOS



Que estimamos el recurso formulado por la Sra. Zulima contra la Sentencia de fecha 4 de abril del 2.018 del Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Santander, la que se revoca y deja sin efecto y, en su lugar, se estima en su integridad la demanda interpuesta por la ex presada apelante, declarando nulo y sin efecto el reconocimiento de la filiación paterna extramatrimonial realizada por el demandado, el Sr. Juan María, respecto a los menores Elisenda y Cipriano, nacidos en fecha NUM000 del 2.016, ordenando la supresión del apellido paterno y la cancelación y rectificación de los asientos que resulten contradictorios con esta declaración de nulidad del reconocimiento de la filiación paterna extramatrimonial, sin imposición de costas en ambas instancias.

Contra esta resolución cabe interponer recurso extraordinario de casación y por infracción procesal ante esta Audiencia en el plazo de veinte días.

Y con testimonio de esta resolución, devuélvase los autos originales al Juzgado de procedencia para su ejecución y cumplimiento.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ