



Roj: **SAP IB 1476/2019 - ECLI: ES:APIB:2019:1476**

Id Cendoj: **07040370042019100229**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **4**

Fecha: **19/06/2019**

Nº de Recurso: **657/2018**

Nº de Resolución: **217/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **MARIA PILAR FERNANDEZ ALONSO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00217/2019

Rollo: RECURSO DE APELACION Nº 657/2018

SENTENCIA nº 217/2019

Ilmos/as. Sres/as.:

PRESIDENTE

D. ALVARO LATORRE LOPEZ

MAGISTRADOS

Dª. MARIA DEL PILAR FERNANDEZ ALONSO

D. GABRIEL AGUSTIN OLIVER KOPPEN

En PALMA DE MALLORCA, a diecinueve de Junio de dos mil diecinueve.

VISTOS en grado de apelación ante esta Audiencia Provincial los autos de la **FILIACIÓN nº 824/2017**, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de DIRECCION000, a los que ha correspondido el **ROLLO nº 657/2019**, en los que aparece como parte *actora-apelante*, a D. Alfredo, representado por el Procurador **D. ALBERTO VALL CAVA DE LLANO**, asistido del Letrado D. JORDI HUMBERTO FERNÁNDEZ DE HOYOS, y como *demandada-apelada* a Dª. Asunción, representada por la Procuradora **Dª. MARIA TUR ESCANDELL**, asistida de la Letrada Dª. MICHELE TORTORICI. Es parte en el procedimiento el **MINISTERIO FISCAL**.

ES PONENTE la Ilma. Sra. Magistrada Dª. MARIA DEL PILAR FERNANDEZ ALONSO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Por Ilmo. Sr. Magistrado del Juzgado de Primera Instancia nº 1 De DIRECCION000 en fecha 15 de Septiembre de 2018, se dictó sentencia, cuyo fallo dice:

*"De conformidad con la normativa aplicada y los criterios y consideraciones jurídicas establecidas, **DECIDO DESESTIMAR** la demanda presentada por parte de Alfredo con la representación procesal del Procurador de los Tribunales D. Alberto Vall Cava de Llano y la dirección letrada de D. Jordi Fernández de Hoyos contra Asunción con la representación procesal de la Procuradora de los Tribunales Dª. Maria Tur Escandell y la dirección letrada de Michele Tortorici".*

SEGUNDO .- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandante y seguido el recurso por sus trámites por la parte demandada se presentó el correspondiente



escrito de oposición, elevándose las actuaciones a esta Audiencia Provincial, que quedaron concluidas para sentencia.

TERCERO .- En la tramitación de este Recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los fundamentos jurídicos de la sentencia apelada en lo que no se opongan a los que siguen.

PRIMERO .- La sentencia dictada en primera instancia desestimando la demanda de impugnación de filiación no matrimonial y contra ella se alza en apelación el actor interesando su revocación y la estimación de la demanda.

SEGUNDO.- La Sra. Asunción se sometió a un proceso de fecundación in vitro con donante anónimo en **Rusia**, fruto de la cual quedó embarazada de su actual hijo, Victoriano , que nació el día NUM000 de 2017.

La demanda y el actor no están casados y el niño fue reconocido como hijo por el señor Alfredo mediante comparecencia ante el encargado en compañía de la madre el 12 mayo de 2017.

El día 16 de junio de 2017, la Sra. Asunción denunció al señor Alfredo por un supuesto delito de coacciones. Desde entonces el Sr. Alfredo no tiene relación alguna con el menor ni con la Sra. Asunción , al trasladarse ambos a vivir a **Rusia**. En dicha declaración manifestó aquella que solo tenía con el señor Alfredo una "relación exclusivamente laboral" y que tenía "muy buena amistad" doc. 2 de la contestación. Ante el Juzgado de Instrucción nº 4 de DIRECCION000 en las diligencias urgentes juicio rápido nº 134/17 también manifestó que no había mantenido con el señor Alfredo ninguna relación afectiva de pareja.

La decisión de ser madre soltera y someterse a un proceso de fecundación in vitro en **Rusia** no fue una decisión conjunta entre las partes hoy litigantes sino unilateral de la señora Asunción según reconoció en su interrogatorio, donde también declaró: "que el señor Alfredo que quería ayudarla con el niño".

En idénticos términos, en su declaración ante el Juzgado de Instrucción número 4 de DIRECCION000 , en los autos de Juicio Rápido número 134/2017, a preguntas de Su Señoría, la Sra. Asunción manifestó que no había mantenido relación afectiva alguna con el Sr. Alfredo . Documento número tres con la demanda.

La intención del reconocimiento fue intentar proporcionar al niño la mejor protección posible.

TERCERO.- Sentando lo precedentemente relatado incontrovertido que el hoy apelante no es el padre biológico del niño, que fue ajeno a la decisión de la señora Asunción de ser madre y no constando que prestara su consentimiento en **Rusia** para la fecundación in vitro de la misma (negado rotundamente por el hoy apelante-actor), presentada demanda antes del plazo de un año del reconocimiento de la filiación extramatrimonial realizado de forma voluntaria, consciente y libre por el actor respecto al hijo de la demandada, consideramos que la demanda debe prosperar.

Ello en aplicación en lo resuelto por la sentencia del pleno de T.S. de 4 julio de 2011 que indica: "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. 1º CC), y dentro del mismo, a la acción de impugnación que contempla el artículo 140 CC .

2. Esta acción es distinta de la que contempla el artículo 141 CC , que es la acción de impugnación, no de la filiación en sí misma considerada, sino del reconocimiento, que lleva consigo necesariamente la de la filiación, y se ejerce con fundamento en la existencia de un vicio de la voluntad: error, violencia e intimidación -sin que se mencione el dolo el precepto, aunque este no es otra cosa que el error provocado- con la breve caducidad de un año.

3. La acción de impugnación derivada del artículo 141 CC no tiene como fin poner en entredicho determinadas situaciones que, por el transcurso del tiempo, pueden entenderse como situaciones sociales o familiares consolidadas, por haber alcanzado permanencia y general reconocimiento, en las que debe prevalecer el principio de seguridad jurídica y el carácter indisponible del estado civil. Sin embargo, nada obsta al ejercicio de la acción de impugnación durante el plazo de caducidad de cuatro años establecido con carácter general para la impugnación de la filiación ordinaria. En este sentido se pronunció la STS de 29 de noviembre de 2010, RC nº 1064/2007 , la cual, partiendo de la posibilidad de utilizar la vía del artículo 140 CC para la impugnación de la filiación paterna extramatrimonial, determinada por un reconocimiento de complacencia, apreció la caducidad de la acción por el transcurso del plazo de cuatro años.



Atendiendo a lo expuesto, esta Sala fija la siguiente doctrina: la acción de impugnación de la filiación extramatrimonial, determinada por un reconocimiento de complacencia, puede ejercitarse por quien ha efectuado dicho reconocimiento, al amparo del artículo 140 CC, dentro de los cuatro años siguientes a la fecha del reconocimiento".

Por su parte el Pleno del Tribunal Supremo en su sentencia de 15 julio 2016, donde entre otros razonamientos se dice:

"Cabe que quien ha realizado un reconocimiento de complacencia de su paternidad ejercite una acción de impugnación de la paternidad, fundada en el hecho de no ser el padre biológico del reconocido. Si esa acción prospera, el reconocimiento devendrá ineficaz. La acción procedente será la regulada en el artículo 136 CC si la paternidad determinada legalmente por el reconocimiento es matrimonial en el momento de ejercicio de la acción; y será la que regula el artículo 140.II CC si la paternidad es no matrimonial y ha existido posesión de estado, aunque ésta no persista al tiempo del ejercicio de la acción".

Las razones por las que fijamos dicha doctrina jurisprudencial -que es oportuno aclarar que no consideramos impuesta por el principio constitucional de verdad biológica- son las que siguen:

1.ª) Privar al autor del reconocimiento de complacencia de la acción de impugnación de la paternidad fundada en el hecho de no ser el padre biológico del reconocido carece de base legal en las normas sobre filiación. En efecto:

El artículo 136 CC no priva de dicha acción al marido que, en los casos que respectivamente contemplan los artículos 117 y 118 CC, haya reconocido su paternidad expresa o tácitamente, o consentido la inscripción de la filiación como matrimonial, sabiendo o estando convencido de no ser el padre biológico del hijo de su cónyuge.

El artículo 140 CC no priva de legitimación activa al reconocedor por el hecho de que haya reconocido sabiendo o teniendo la convicción de no ser el padre biológico del reconocido.

2.ª) Lo anterior no justifica dirigir a los mencionados artículos reproche constitucional alguno, puesto que el legislador ha atendido las exigencias del principio de seguridad jurídica en las relaciones familiares y de estabilidad del estado civil determinado mediante el reconocimiento, especialmente en interés del reconocido, estableciendo los respectivos plazos de caducidad de un año (art. 136 CC) y cuatro años (art. 140.II CC), se trate o no de un reconocimiento de complacencia.

3.ª) Dado que no se trata de un reconocimiento "de conveniencia" o en fraude de ley, la regla *nemo audiatur propriam turpitudinem allegans* no puede valer para impedir al reconocedor de complacencia el ejercicio de la expresada acción de impugnación de la paternidad.

4.ª) Tampoco cabe invocar a dicho efecto lo que dispone el artículo 7.1 CC (doctrina de los actos propios), pues las cuestiones de estado civil son de orden público indisponible (art. 1814 CC).

5.ª) Como muestra una somera comparación de los artículos 737 y 741 CC, el reconocimiento es irrevocable; pero eso significa que el reconocedor no puede hacerlo ineficaz mediante una declaración de retractación. Es por tanto incorrecto calificar de revocación la ineficacia sobrevenida del reconocimiento, sea o no de complacencia, a consecuencia de haber prosperado la acción de impugnación de la paternidad por no ser el reconocedor el padre biológico del reconocido.

6.ª) Es cierto que el artículo 8.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida, prohíbe impugnar su paternidad al marido que haya prestado consentimiento formal, previo y expreso a la fecundación de su mujer con contribución de donante o donantes; pero la diferencia entre ese tipo de casos y los reconocimientos de complacencia de la paternidad es clara y decisiva: el reconocedor de complacencia es ajeno a la decisión de la madre de engendrar al que será reconocido por aquél.

7.ª) No sobraría añadir, en fin, que no parece justa una visión general de los reconocedores de complacencia como personas frívolas o inconstantes, cuyos caprichosos cambios de opinión no pueda el Derecho tolerar: a las que deba privárseles de toda posibilidad de reconstruir su vida afectiva y familiar, aunque se haya quebrado la convivencia con la madre del reconocido a pesar de lo que, en la normalidad de los casos, preveían y deseaban que ocurriera. La solución de que, aun siendo reconocedores de complacencia, puedan tener esa posibilidad abierta durante los breves plazos de caducidad establecidos con carácter general en los artículos 136 y 140.II CC, nos parece una solución moderada, que conjuga adecuadamente los intereses en juego".

En consecuencia y con independencia de que los hoy litigantes formalizasen ante notario una suerte de convenio regulador fijándose un régimen de visitas y una pensión de alimentos para el hijo, incontestable la no paternidad biológica del señor Alfredo respecto al menor; la decisión unilateral de la apelada de someterse a



un proceso de fecundación in vitro y convertirse en madre soltera sin mediar consentimiento formal expreso y previo del actor a dicho proceso la solución pasa como anticipamos por estimar la demandada.

CUARTO.- Dado el sentido de la presente resolución y el contenido de los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se impondrán a la parte demandada las costas devengadas en la primera instancia y sin que proceda especial pronunciamiento acerca de causadas en esta instancia.

En virtud de cuanto antecede,

FALLAMOS

1) ESTIMANDO el RECURSO DE APELACION interpuesto por el Procurador **D. ALBERTO VALL CAVA DE LLANO**, en nombre y representación de **D. Alfredo** contra la sentencia de fecha 15 de Septiembre de 2018, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado del Juzgado de Primera instancia nº 1 de DIRECCION000, en los autos de Filiación nº 824/2017 de los que trae causa el presente Rollo, **DEBEMOS REVOCARLA y la REVOCAMOS**, y en su lugar:

A) ESTIMAMOS la demanda presentada por D. Alfredo contra D^a. Asunción y DECLARAMOS que, D. Alfredo, no es el padre biológico del menor Victoriano ; con todos los efectos legales inherentes a dicha declaración.

B) SE ORDENA la rectificación en el Registro Civil de la inscripción de nacimiento del menor Victoriano, que figura inscrito en el Registro Civil de DIRECCION000, suprimiéndose la referencia a que el padre de dicho menor es D. Alfredo.

C) CONDENAMOS en costas a la demandada.

2) No ha lugar a expresa condena en costas de las devengadas en esta alzada.

3) Procédase a la devolución del depósito constituido con motivo de su recurso a la parte apelante.

Recursos .- Se puede interponer ante esta Sala el recurso extraordinario por infracción procesal o recurso de casación.

Órgano competente .- Es el órgano competente para conocer de ambos recursos -si bien respecto del extraordinario por infracción procesal sólo lo es con carácter transitorio- la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo.

Plazo y forma para interponerlos .- Ambos recursos deberán interponerse mediante escrito presentado ante esta Audiencia Provincial en el plazo de veinte días a contar desde el siguiente a la notificación de la sentencia, suscrito por Procurador y autorizado por Letrado legalmente habilitados para actuar ante este Tribunal, en virtud de la reforma introducida por la Ley 37/2011 de 10 de Octubre.

Aclaración y subsanación de defectos .- Las partes podrán pedir aclaración de la sentencia o la rectificación de errores materiales en el plazo de dos días; y la subsanación de otros defectos u omisiones en que aquella incurriere, en el de cinco días.

- No obstante lo anterior, podrán utilizar cualquier otro recurso que estimen oportuno.

- Debiéndose acreditar, en virtud de la disposición adicional 15ª de la L.O. 1/2009 de 3 de Noviembre, para la admisión del recurso el justificante de la consignación de **depósito de 50 € por recurso para recurrir** salvo que el recurrente sea: beneficiario de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente.

-

- El depósito deberá constituirlo ingresando la citada cantidad en el **BANCO DE SANTANDER**, en la cuenta de este expediente nº **0494**, debiéndose especificar la clave del tipo de recurso.

- Asimismo en virtud de la Ley 10/2012, de 20 de Noviembre deberá aportarse el justificante de la liquidación de la **tasa judicial**.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo de la Sala, definitivamente Juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Dada y publicada ha sido la anterior sentencia por los/las Ilmos/as. Sres/as. Magistrados/as que la firman y leída por la Ilma. Magistrada Ponente D^a. MARIA DEL PILAR FERNANDEZ ALONSO en el mismo día de su fecha, de lo que yo la Letrada de la Administración de Justicia certifico.