



Roj: **SAP B 7724/2018 - ECLI:ES:APB:2018:7724**

Id Cendoj: **08019370122018100802**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **12**

Fecha: **31/07/2018**

Nº de Recurso: **908/2017**

Nº de Resolución: **843/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JOSE PASCUAL ORTUÑO MUÑOZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección nº 12 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

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

TEL.: 938294443

FAX: 938294450

EMAIL:aps12.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0818742120168021840

Recurso de apelación 908/2017 -R2

Materia: Proceso especial filiación, paternidad y maternidad

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 4 de DIRECCION000

Procedimiento de origen: Filiación 98/2016

Parte recurrente/Solicitante: Esther como LR de Fidela

Procurador/a: Rafael Ros Fernandez

Abogado/a: MARIA LUISA PÉREZ SÁNCHEZ-ALBORNOZ

Parte recurrida: Jose Ignacio

Procurador/a: Alejandro Font Escofet

Abogado/a: MARIA MERCEDES GONZÁLEZ MOLINERO

SENTENCIA N° 843/2018

Magistrados:

D. Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón

D. José Pascual Ortuño Muñoz

Dª Raquel Alastruey Gracia

Barcelona, 31 de julio de 2018

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 5 de septiembre de 2017 se han recibido los autos de Filiación 98/2016 remitidos por Juzgado de Primera Instancia nº 4 de DIRECCION000 a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la Procurador Rafael Ros Fernandez, en nombre y representación de Esther como LR de Fidela contra Sentencia de 25/04/2017 y en el que consta como parte apelada el Procurador Alejandro Font Escofet, en nombre y representación de Jose Ignacio .



SEGUNDO.- El contenido del fallo de la Sentencia contra la que se ha interpuesto el recurso es el siguiente:

"Desestimo la demanda interpuesta por la representación procesal de DÑA.

Esther contra D. Jose Ignacio ,

con absolución del demandado de los pedimentos formulados en su contra. No

hay imposición de costas.

Estese a lo dispuesto en el art. 744 LEC en relación a la medida cautelar

acordada."

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

Se señaló fecha para la celebración de la deliberación, votación y fallo, que ha tenido lugar el día 04/07/2018.

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

Se designó ponente al Magistrado D. José Pascual Ortuño Muñoz.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se inadmiten los de la sentencia apelada, salvo en lo que se dirá.

PRIMERO.- Frente a la sentencia dictada en primera instancia el 25.4.2017, que ha desestimado la pretensión de la actora de que fuera reconocida la filiación no matrimonial paterna de su hija Fidela por el demandado, ha formulado recurso de apelación la madre, que interviene por sí misma y también en representación de la hija menor, y solicita que se revoque la sentencia y se dicte otra en su lugar por la que se reconozca la filiación solicitada, con los demás pronunciamientos relativos a las responsabilidades parentales, que dejó solicitadas en su demanda.

El Ministerio Fiscal se adhiere al recurso al entender que ha quedado acreditado que el demandado, ostentando la condición de pareja sentimental de la actora, consintió en la fecundación asistida de la actora, por lo que solicita la revocación de la sentencia y la estimación íntegra de la demanda, a excepción de la cuantía de los alimentos reclamados al demandado para la menor, que los concreta en 250 € mensuales.

SEGUNDO.- El argumento central y decisivo de la desestimación de la demanda radica en la concreción de la norma jurídica aplicable: la demanda invoca el artículo 235-13.1 del código civil de Cataluña que establece que los hijos nacidos de la fecundación asistida de la madre son hijos del hombre o de la mujer que la ha consentido expresamente en un documento extendido ante un centro autorizado, o en un documento público.

La sentencia recurrida, acogiendo la oposición del demandado, entiende que la redacción del referido precepto fue introducida por la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro II del código civil de Cataluña. Argumenta que el tratamiento de fecundación de la actora se produjo mediante punción ovárica a la donante de óvulos el 12 de noviembre de 2002, es decir, casi ocho años antes de la reforma legal, cuando la ley vigente era el precedente Código de Familia de Cataluña de 1998, cuyo artículo 97.2 establecía como requisito formal que, tratándose de fecundación asistida, para la filiación no matrimonial debía constar el consentimiento en documento público. Tal consentimiento, por otra parte, debía ser en todo caso previo a la fecundación del óvulo. La consecuencia de tal previsión legal, determinó la desestimación de la demanda, sin ninguna otra consideración.

A este respecto es de destacar que, en materia de reconocimiento o impugnación de la filiación, rige el principio del " *favor filii* " que ha sido declarado y reconocido jurisprudencialmente a lo largo de todo el proceso de actualización del derecho de familia en los últimos treinta años. En el ámbito del derecho civil propio de Cataluña, la Disposición Transitoria Tercera de la Ley 9/1998 , que aprobó el Código de Familia, ya incluyó el principio de retroactividad absoluta de la reforma legal en materia de filiación en todo cuanto fuese favorable al hijo. Como quiera que el Libro II refundió aquel texto legal al incorporarlo al nuevo código civil catalán, ha de entenderse que lo establecido en el artículo 235-13.1 del CCCat goza de la retroactividad máxima prevista en la normativa precedente en aplicación conjunta de los artículos 39 ; 9.3 ; y 14 de la Constitución , en relación con el artículo 2 del código civil español, en lo que se refiere a los principios de retroactividad y de igualdad de los hijos ante la ley.

La doctrina ha entendido que así debe ser interpretada la Disposición Transitoria Quinta de la Ley 25/2010 , a pesar del error de remisión que se constata en la redacción de la norma. Y de esta forma, aun cuando en otro contexto puesto que se trataba de la impugnación de una filiación paterna de una persona ya fallecida, previamente inscrita, ha sido interpretada por este mismo tribunal en la SAP Barcelona de 19.11.2012 (Rollo



817/2011 - ROJ SAP B 13504/2012) que destaca que el espíritu de la reforma legal ha sido el de relajar los requisitos formales de la precedente legislación por reproducción asistida.

En conclusión: la desestimación de la demanda por incumplimiento de los requisitos formales del artículo 97 del derogado Código de Familia de Cataluña DE 1998 no puede ser compartida por este tribunal, en virtud de lo que establece respecto a la retroactividad la DT 5ª de la Ley 25/ 2010 (del Libro II del CCCat). El artículo 235-13.1 del CCCat es la norma más concorde con el principio del "favor filii", puesto que este precepto no impone la forma solemne de antaño, en la filiación extramatrimonial, para la expresión del consentimiento efectivo como condición para que del mismo pueda derivarse el reconocimiento de la filiación paterna en la gestación por reproducción asistida de la mujer.

TERCERO.- Resuelto lo anterior, en lo que ha de centrarse el objeto del enjuiciamiento es en el análisis de los elementos probatorios que puedan tener incidencia, en primer lugar, en la efectiva existencia de consentimiento del demandado en el hecho de la fecundación asistida de la actora en la época en la que se produjo la fecundación y, en segundo lugar, en si tal consentimiento tuvo la característica generadora del vínculo de paternidad al trascender de una mera asistencia a la mujer por razón de amistad, como ha alegado la representación de la parte demandada en su oposición a la demanda inicial y al presente recurso.

Del análisis de lo actuado se deduce, sin lugar a duda razonable, que entre los litigantes existió una relación sentimental y estable de pareja durante más de 14 años. El párrafo tercero del fundamento primero de la sentencia recurrida analiza las versiones contradictorias de las dos partes y concluye, en cuanto al "*thema decidendi*" que la negativa del demandado a los hechos relatados en la demanda carece de coherencia y rigor. Es cierto, y tal vez en esto estriba la peculiaridad y singularidad del caso, que, de forma coetánea y paralela, el demandado mantuvo dos relaciones afectivas: una de carácter matrimonial, y otra como pareja estable con la demandada, hecho reconocido en la vista principal por el demandado que explica la posición procesal inicial en la que negó la existencia de tal relación, e incluso la resistencia a estampar su firma en los documentos que la clínica extendió en los diversos intentos de inseminación heteróloga, pese a que consta que en todas las consultas médicas estuvo presente en su calidad de pareja de la actora, en especial en el que se cumplimentó el 5.6.2002, día en el que se realizó la "punción ovárica" (documento nº 2 de la demanda) en el que, si bien no consta la firma del demandado goza de la autoridad de su cumplimentación por un centro médico de prestigio que sin el manifiesto consentimiento de la pareja no hubiese consignado tal circunstancia. El testimonio del doctor Dionisio fue elocuente al respecto por cuanto, al manifestar con absoluta sinceridad -y lógica- no poder recordar concreciones lejanas en el tiempo, expresó de forma contundente la imposibilidad de que se reflejara la decisión conjunta de los dos miembros de la pareja sin que el demandado estuviese presente y la consintiese.

De cualquier forma, y como elemento que desvanece cualquier duda al respecto, opera en este caso la presunción judicial (ex artículo 386 LEC) del consentimiento del demandado y, por ende, de la decisión compartida por ambos litigantes de ser padres, como resultado de diversos elementos probatorios no desvirtuados por la representación de la parte apelada: el primero es el documento de 16 de diciembre de 2008 de cesión de los embriones sobrantes "criptoconservados" (documento nº 3 de la demanda, al folio 12), en el consta la firma (no impugnada y expresamente reconocida) del demandado para su cesión a terceras personas para fines reproductivos, en el que consta su firma indubitada y su DNI. El segundo es la presencia del demandado en el área de neonatales del hospital en el día del alumbramiento de la niña y en fechas posteriores, que se deriva de las fotografías incorporadas a los autos y no impugnadas, y la tercera es el reconocimiento expreso en el interrogatorio practicado en la comparecencia de medidas provisionales de que veía regularmente a la niña hasta que se produjo la crisis de la relación sentimental entre los litigantes.

CUARTO.- La doctrina legal aplicable al caso de autos sentada en el fundamento tercero conduce a la conclusión de que existió un consentimiento mutuo, en el proceso de procreación por técnicas de fecundación asistida, de la menor nacida el día NUM000 .2003, por lo que ambos progenitores deben asumir las responsabilidades para con la misma y las consecuencias jurídicas derivadas del vínculo de filiación. Las vicisitudes posteriores de la relación sentimental entre ambos no interfieren en el imprescriptible derecho de la menor.

A diferencia de la filiación biológica, la acreditación del vínculo paterno no se deriva de las presunciones de fecundación biológica que son consecuencia de la convivencia, sino del elemento esencial del consentimiento en la fecundación con fines reproductivos de la pareja que, aun cuando no sea matrimonial ni estable, no puede generar desigualdad respecto al bien jurídico protegido, que es el de los hijos, tal como ha reiterado el TEDH de 3.6.1979 y 27.10.1979 y el TC en las SSTC nº 289/1993 ; nº 114/1997 ; nº 184/1990 y 222/1992 , entre otras.

Por lo que se refiere a la ausencia de la escritura pública o del requisito de la prestación del consentimiento por escrito indubitado y con carácter previo a la fecundación asistida, que invoca la parte apelada en su escrito



de oposición al recurso, se ha de consignar que la STSJ de Cataluña de 27.9.2007, dictada en el recurso de casación nº 135/2006 (ROJ STSJ CAT 10208/2007), recogida posteriormente en la STSJ Cat de 7.11.2013, recurso nº 33/2013 (ROJ STSJ CAT 14800/2013), sentó al respecto el criterio jurisprudencial respecto a la prueba del consentimiento, de reconocer el carácter " *ad probationem* " y no " *ad solenitatem* " del referido requisito legal, incluso en fecha anterior a la introducción del nuevo artículo 235-13 por el Libro II del CCCat en el año 2009. Reconoció así el carácter vinculante del consenso que es el elemento esencial de expresión de la voluntad recíproca de la pareja para asumir la maternidad y la paternidad, debiendo primar, en cualquier caso, el interés del hijo concebido mediante las técnicas de reproducción asistida. En dicha resolución (fundamento octavo) se destaca que en nuestro derecho rige el sistema espiritualista, de manera que sólo excepcionalmente el requisito de forma en los actos jurídicos lo es con carácter constitutivo y condicionante de la validez del acto. Tampoco es relevante que tal consentimiento sea posterior al momento de la inseminación, especialmente cuando, como acontece en el caso de autos, por los actos propios es incuestionable que tal consenso y concertación de voluntades fue anterior al mismo y persistió después del nacimiento de la menor.

La consecuencia jurídica es que el demandado debe asumir las consecuencias jurídicas de la voluntad compartida procreacional con quien era su amante en ese momento. Lo contrario, como señala la doctrina del TSJCat en los diversos precedentes jurisprudenciales ya citados (así como en las SSTSJ Cat 27.12.2007 y 22.12.2008 y 7.11.2013), supondría una deslealtad hacia la entonces compañera y un perjuicio material y afectivo muy importante para la menor.

QUINTO.- En cuanto a los efectos de la filiación, debe acordarse la inscripción de la filiación paterna en el Registro Civil que resulta de esta sentencia, aun cuando la negativa al reconocimiento formulada por el demandado, y el hecho de que la hija menor es conocida socialmente con los apellidos con los que fue inscrita (que son los de la madre), procede mantener los apellidos y el nombre que constan en la inscripción registral.

Por lo que se refiere a las responsabilidades derivadas de la parentalidad, es de apreciar que la menor ha cumplido ya 15 años sin que conste petición alguna por ninguna de las partes de que se establezca régimen de comunicación paterno-filial. No obstante, este tribunal considera necesario que la relación entre el padre y la menor interrumpida cuando la niña contaba con cinco años, sea de nuevo establecida teniendo en cuenta, esencialmente, el superior interés de la menor. Se trata de un derecho inalienable y de orden público de la hija. Habida cuenta de la edad de la misma, el sistema de relación se deberá consensuar entre las partes con asistencia de un psicólogo y terapeuta, con experiencia en mediación familiar que designarán las partes o, en caso de imposibilidad de acuerdo, será designado en expediente de jurisdicción voluntaria a petición de cualquiera de los litigantes.

Las responsabilidades económicas deben fijarse, así mismo con efectos retroactivos a la fecha de la presentación de la demanda puesto que no se ha acreditado que haya existido intento de mediación previa, en la cifra de 400 € mensuales hasta que la hija alcance la independencia económica y no haya finalizado su proceso de formación por causa que no le sea imputable. Para fijar tal cantidad se tiene en cuenta que la actora ha sido dependiente del demandado hasta la fecha en la que por la crisis pasó a ejercer por cuenta propia, pero vinculada a los suministros del demandado (lo que se puso de manifiesto por la relación comercial que subyace en el contrato de préstamo que se adjuntó a la demanda), y que en la actualidad la actora se encuentra en situación de desempleo, con subsidio por ser mayor de 55 años. El demandado, aun cuando alega que es pensionista desde 2016, con prestación reconocida de 829 € mensuales, no acredita el tipo de pensión que tampoco se desprende de la comunicación del INSS aportada (folio 70). Admite que viene transfiriendo 500 € mensuales a la actora en concepto de devolución de un préstamo, sin que haya presentado, como le atañe por el principio de la carga de la prueba de los propios hechos, elementos de prueba de sus medios de vida. Sin embargo, consta que es empresario del sector textil, por lo que debe de responder de sus obligaciones alimenticias con sus bienes y derechos presentes y futuros. La cantidad que se fija es la que precisa la menor para su subsistencia, teniendo en cuenta las tablas orientativas del INE publicadas por el CGPJ.

SEXTO.- En materia de cotas de la primera instancia, las dudas de derecho suscitadas determinan que no proceda pronunciamiento de condena al demandado. Y en cuanto a las costas de la

Apelación, al haber sido estimado el recurso y la adhesión del Ministerio Fiscal, tampoco procede declaración especial por lo que cada parte soportará las causadas a su instancia.

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

FALLAMOS

Que debemos estimar y ESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por la representación de DOÑA Esther (parte actora en la primera instancia) en su propio nombre y en representación de su hija menor



Fidela , al que se adhirió el MINISTERIO FISCAL en defensa de los intereses de la referida menor, contra la sentencia de 25 de abril de 1917 del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de DIRECCION000 (proceso especial de filiación nº 86/2016), en el que han sido parte apelada DON Jose Ignacio (demandado en la primera instancia). REVOCAMOS la referida resolución y, juzgando definitivamente en la instancia la acción ejercitada, ESTIMAMOS íntegramente la demanda y, en consecuencia, DECLARAMOS la filiación paterna de la menor Fidela , nacida en Barcelona el NUM000 de 2003, e inscrita en Registro Civil de esta capital (Tomo NUM001 - Página NUM002) -Libro NUM003 , Páginas NUM002 - NUM004 , con filiación materna de la señora Esther , y sin que conste filiación paterna. Se DECLARA JUDICIALMENTE que el padre de la referida menor es el señor DON Jose Ignacio (DNI NUM005) domiciliado en CALLE000 , nº NUM006 de DIRECCION001 , por filiación extramatrimonial, condenando al mismo a pasar por tal declaración y a todas las responsabilidades derivadas de la relación de la paternidad. No se alteran los apellidos de la hija, a no ser que sea solicitado por la misma con los requisitos legales, a partir de su mayoría de edad. La relación personal del padre con la hija deberá ser establecida sin demora por acuerdo de ambos progenitores y el asentimiento de la menor con asistencia de un perito (psicólogo-mediador) designado de mutuo acuerdo; y, en ausencia o imposibilidad de acuerdo, designado en expediente de jurisdicción voluntaria. Se condena al demandado a contribuir a los gastos alimenticios de la menor con la cantidad de 400 € mensuales, con efectos retroactivos desde el primero de julio de 2016, fecha de presentación de la demanda, y hasta que la hija disponga de suficiencia económica, mientras prosiga con aprovechamiento su fase de formación. La referida cantidad deberá ser ingresada en los cinco primeros días de cada mes, salvo los atrasos que habrán de ser liquidados antes del 31 de diciembre de 2018; y será actualizada cada primero de año, a partir del primero de enero de 2019 con el IPC del ejercicio anterior. No se hace especial declaración de las costas en ninguna de las dos instancias. Diríjase mandamiento, con testimonio de esta resolución, para su inscripción en el Registro Civil de Barcelona.

Sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas de la alzada.

Notifíquese esta resolución a las partes y al Ministerio Fiscal con la advertencia de que contra la misma podrá ser interpuesto recurso de casación ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el plazo de veinte días, con los requisitos establecidos en la Ley 4/2012, de 5 de marzo, del Parlamento de Cataluña.

Una vez firme esta resolución, devuélvanse los autos originales al juzgado de procedencia, para su cumplimiento.

Lo acordamos y firmamos.

Los Magistrados :