

Id. Cendoj: 28079119912014100003
Organo: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 991
Tipo de Resolución: Sentencia

Fecha de resolución: 15/01/2014

Nº Recurso: 758/2012

Ponente: FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO

Procedimiento: CIVIL

Idioma: Español

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

Presidente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

SENTENCIA

Sentencia Nº: 836/2013

Fecha Sentencia : 15/01/2014

CASACIÓN

Recurso Nº : 758/2012

Fallo/Acuervo: Sentencia Estimando

Votación y Fallo: 17/12/2013

Ponente Excmo. Sr. D. : Francisco Javier Orduña Moreno

Procedencia: Audiencia Provincial de Toledo, Sección 2ª

Secretaría de Sala : Ilmo. Sr. D. Alberto Carlos García Vega **Escrito por :**
RDG

ACCIÓN DE FILIACIÓN NO MATRIMONIAL. POSESIÓN DE ESTADO COMO PRESUPUESTO DE LEGITIMACIÓN Y MEDIO DE PRUEBA. RAZÓN DE COMPATIBILIDAD CON LOS PRINCIPIOS DE LA LEY DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA. INTERÉS LEGÍTIMO PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN. VIABILIDAD DE LA ACCIÓN Y PROTECCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.

CASACIÓN Num.: 758/2012 Ponente Excmo. Sr. D.: Francisco Javier Orduña Moreno
Votación y Fallo: 17/12/2013 Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Alberto Carlos García Vega

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo CivilPLENO

SENTENCIA Nº: 836/2013

Excmos. Sres.:

D. Francisco Marín Castán

D. José Ramón Ferrándiz Gabriel

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. Sebastián Sastre Papiol

En la Villa de Madrid, a quince de Enero de dos mil catorce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 265/2010 por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Toledo, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm 1021/2009, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Talavera de la Reina, cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por la procuradora doña Ana María Marco Gutiérrez en nombre y representación de doña Eufrasia, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación la procuradora doña Olga en calidad de recurrente y la procuradora doña Carmen Olmos Gilsanz en nombre y representación de doña María Virtudes en calidad de recurrido.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .-1.-La procuradora doña Ana María Marco Gutiérrez, en nombre y representación de doña Eufrasia interpuso demanda de juicio declarativo especial verbal, contra doña María Virtudes y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que: "... la demandante doña Eufrasia, es la madre extramatrimonial, por posesión de estado, del menor Esteban, y conforme a dicha declaración se proceda a practicar la correspondiente inscripción en el Registro Civil de Talavera de la Reina.

-Que una vez determinada la filiación del menor a favor de doña Eufrasia, se le otorgue automáticamente "ex lege" la patria potestad. Todo ello con expresa imposición de las costas a la demandada que se opusiere".

En el presente procedimiento el Ministerio Fiscal ha sido parte.

2.- El procurador don Luis Felipe Herrero Robledo, en nombre y representación de doña María Virtudes, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que: "...se declare la desestimación de la demanda con todas sus pretensiones, y todo ello con expresa condena de las costas del presente procedimiento a la actora, junto a lo demás que en derecho proceda".

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el ilmo. sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Talavera de la Reina, dictó sentencia con fecha 23 de abril de 2010, cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLO*: "... Se estima íntegramente la demanda formulada por la Procuradora de los Tribunales Sra. Marco Gutiérrez en nombre y representación de doña Eufrasia contra doña María Virtudes, y en el que ha sido parte el Ministerio Fiscal, declarando que doña Eufrasia es, junto con la demandada, madre extramatrimonial por posesión de estado del menor Esteban,

procediéndose a efectuar en el Registro Civil de Talavera de la Reina la inscripción de dicha filiación no matrimonial en la inscripción de nacimiento del menor Esteban, con todos los efectos legales inherentes, haciendo constar como "progenitor A", "madre A" a doña María Virtudes, y como "progenitor B", "madre B", a doña Eufrasia, y como primer apellido del menor "Patricio" y el segundo apellido del menor "Jose Ángel". Se condena a la demandada al pago de las costas".

SEGUNDO .-Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de doña María Virtudes, la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Toledo, dictó sentencia con fecha 17 de enero de 2012, cuya parte dispositiva es como sigue: FALLAMOS: "... Que **ESTIMANDO** el recurso de apelación que ha sido interpuesto por la representación procesal de María Virtudes, debemos **REVOCAR Y REVOCAMOS** la sentencia dictada por el Juzgado de la Instancia Núm. 2 de Talavera de la Reina, con fecha 23 de abril de 2010, en el procedimiento núm. 1021/2009, de que dimana este rollo, y en su lugar DESESTIMAR la demanda presentada por la representación procesal de Eufrasia sobre la acción de determinación legal de filiación no matrimonial de menor de edad, sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas procesales causadas en la primera instancia; todo ello sin efectuar especial pronunciamiento sobre las costas causadas en el presente recurso".

TERCERO .-1.-Contra la expresada sentencia preparó y después interpuso recurso de casación la representación procesal de doña Eufrasia con apoyo en los siguientes **MOTIVOS** :

Único.-Artículo 477.3 LEC.

CUARTO .-Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 2 de octubre de 2012 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días y al Ministerio Fiscal.

El Ministerio Fiscal, presentó informe impugnando el recurso planteado. La procuradora doña Carmen Olmos Gilsanz, en nombre y representación de doña María Virtudes presentó escrito de impugnación al mismo.

QUINTO .-No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 5 de noviembre del 2013, en cuyo acto se acordó someter el recurso al conocimiento del Pleno de la Sala, señalándose para ello el día 16 de diciembre de 2013,

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Orduña Moreno** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- **1. Planteamiento de la cuestión.**

El presente caso plantea, como cuestión de fondo, la posibilidad de determinar judicialmente la filiación extramatrimonial por la vía de la posesión de estado de una mujer homosexual, tras la ruptura de su relación de pareja con otra mujer, en relación con el niño nacido durante dicha relación mediante la técnica de reproducción asistida con material genético de un donante anónimo.

2. Resumen de antecedentes. En síntesis, como antecedentes del caso cabe destacar los siguientes:

A) la existencia de una relación de pareja de forma pública y notoria entre las mujeres Doña María Virtudes y Doña Eufrosia desde enero de 1996 hasta junio de 2006 sin matrimonio.

B) El nacimiento por la técnica de fecundación asistida con material genético de donante anónimo, del menor D. Esteban el 13 de noviembre de 2003, siendo madre biológica Doña María Virtudes.

C) El presente caso está relacionado con el recurso número 1334/2008, resuelto por esta Sala en Sentencia de 12 de mayo de 2011 atribuyendo a la aquí recurrente, un régimen de relaciones personales como "allegada" con el menor. La sentencia, partiendo del concepto de unidad familiar de los textos internacionales europeos, señala que "aunque no puede hablarse de relaciones jurídicas y la filiación no se ha establecido, ni en este caso pudo establecerse dados los requerimientos de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida, en su art. 7.3, modificado en 2007, en cambio sí debe considerarse que, como se ha dicho antes, existió una unidad familiar entre las dos convivientes y el hijo biológica de una de ellas". A continuación, en el Fundamento de Derecho Sexto reconoce que esta posibilidad legal no podía aplicarse en este caso, puesto que ambas convivientes no estaban casadas. Sin embargo, y atendiendo al interés del menor, mantiene el régimen de relaciones personales amplio entre el niño y la demandante otorgado por la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 1ª.

D) En el recurso origen del presente Pleno Jurisdiccional se ha reclamado la determinación de la filiación por posesión de estado. La solución ha sido distinta en la instancia. El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Talavera de la Reina, estimó la demanda interpuesta, al amparo de la acción del 131 del Código Civil, al considerar acreditada la posesión de estado: atiende al nombre compuesto del menor en el que se incorpora como nombre el apellido de la reclamante (Esteban); al tratamiento del menor como hijo, tanto por la reclamante como por su ámbito familiar; a la continuidad en este tratamiento con el ejercicio de acciones para mantener las relaciones materno-filiales con el menor; a las testificales que hablaron de un "proyecto en común" y a los hechos de la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, sección 1ª de 22 de abril de 2008, base del recurso de casación antes mencionado. Desde un plano jurídico, considera viable la pretensión ejercitada apoyándose en el artículo 7.3 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo que permite la determinación de la filiación a favor de dos mujeres,

diferenciando los planos de la filiación natural, de la jurídica, como ocurre con la adopción y otorgando efectos a las relaciones de convivencia de homosexuales, al permitirse el matrimonio entre ellos desde la ley 13/2005.

E) La Audiencia Provincial de Toledo, Sección 2ª, estimando el recurso de apelación, desestimó la demanda. En la sentencia se razona que la filiación solo puede tener lugar por naturaleza o adopción (108 CC), que la acción ejercitada no era la del 7.3 de la ley, y que esta ley no se puede aplicar con carácter retroactivo al no preverse en la propia ley, que está pensada para parejas casadas estables y en el caso, se trata de una pareja no casada y rota desde el 2006 y al estarse a una ley cuyos efectos son meramente registrales. A lo que añade que no considera acreditada la posesión de estado por el poco tiempo de estabilidad de la pareja desde el nacimiento del menor (3 años), aunque actuara como madre.

Recurso de casación

Acción de filiación no matrimonial. Posesión de estado como presupuesto de legitimación y medio de prueba. Razón de compatibilidad con los principios de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Interés legítimo para el ejercicio de la acción.

SEGUNDO .-1. Al amparo del ordinal tercero del artículo 477.2 LEC, el recurso de casación se articula en único motivo en el que se denuncia la infracción del artículo 131 del Código Civil en relación con el artículo 7.3 de la LTRHA de 26 de mayo de 2006.

Alega la recurrente la existencia de interés casacional por aplicación de norma con vigencia inferior a cinco años: el apartado tercero del 7 de la Ley 14/2006, sobre técnicas de reproducción humana asistida, introducido por la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la mención relativa las sexo de las personas. Indica también que infringe el contenido de la STS del Pleno de 12 de mayo de 2011, que ratificó la de la Audiencia Provincial de Toledo de 22 de abril, rollo 385/2007, que reconoció al

recurrente la constante posesión de estado y fija la vía del ejercicio de las correspondientes acciones del artículo 131 CC, sin que el Alto Tribunal denegase expresamente la aplicación del artículo 131 CC al supuesto planteado, ya que únicamente se limitó al cauce

establecido para parientes y allegados, configurando al mismo como derecho de relaciones personales.

Argumenta el recurrente que la sentencia recurrida, al establecer, como única posibilidad, para que se dé la filiación por naturaleza en las parejas del mismo sexo, que estas estén casadas antes del nacimiento del menor, produce una discriminación entre los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida, fruto de una relación de hecho, de los hijos nacidos dentro del matrimonio formado por persona del mismo sexo. Y entiende la recurrente jurídicamente necesario fijar a nivel casacional la cuestión debatida y su ajuste a la legislación reguladora de tal situación, teniendo en cuenta la Ley que posibilita el acceso a una forma de filiación por naturaleza distinta a la contemplada en el Código Civil.

En el presente caso, por la fundamentación que a continuación se expone, el motivo debe ser estimado.

En este sentido debe puntualizarse, ab initio (desde el inicio), que la perspectiva de análisis que debe proyectarse sobre la cuestión de fondo, apuntada anteriormente, no tiene por objeto la valoración de la posesión de estado de filiación, considerada en sí misma, ya como medio de determinación de la filiación, propiamente dicho, o bien como título de legitimación de la misma, se encuentre o no previamente determinada, sino que se centra, mas bien, en las facetas o funciones que esta figura desempeña en el curso de la determinación judicial de la filiación, particularmente dispuesto en orden a la acción de reclamación de filiación no matrimonial ejercitada; esto es, en la posesión de estado como presupuesto para la legitimación del ejercicio de la acción, (artículo 131 del Código Civil) y en su papel o función de medio de prueba de la filiación reclamada (artículo 767.3 LEC).

Desde esta perspectiva, y a los efectos de la fundamentación que aquí interesa, también debe de precisarse el contexto valorativo objeto de interpretación. En este sentido, la posible razón de compatibilidad que cabe plantearse entre la figura de la posesión de estado y la normativa de las técnicas de reproducción asistida , Ley 14/2006, de 26 mayo, habida cuenta de la remisión en materia de filiación a las leyes civiles, salvo las especificaciones propias de la ley, no se circunscribe a la posible aplicación del artículo 7.3 de la normativa, tal y como quedó configurado con la modificación introducida por la Ley 3/2007, de 15 de marzo, esto es, ya respecto de su aplicación retroactiva al caso que nos ocupa, o bien desde el alcance conceptual que brinda al consentimiento de la mujer casada como título de determinación legal de la filiación, en sí mismo considerado, sino que debe referenciarse, con mayor amplitud, en los principios que inspiran su regulación en el marco constitucional de las acciones de filiación.

En este contexto interpretativo no cabe duda que dicha razón de compatibilidad viene informada, entre otros, por los principios constitucionales de igualdad de los hijos o de no discriminación por razón de filiación o nacimiento (artículos 14 y 39.2 CE), de protección de la familia, de los hijos (integral) y de las madres con independencia de su estado civil (39 CE), de dignidad de la persona y libre desarrollo de su personalidad (artículo 10 CE), así como por la debida ponderación, cada vez mas primordial, del interés superior del menor.

En relación con la posesión de estado, figura que ya resultó reforzada tras la Reforma de Derecho de Familia de 1981, el carácter informador señalado se proyecta tanto sobre su posible definición, como respecto de las funciones que jurídicamente desempeña. Cuestión que, al margen de otras posibles consideraciones, determina que la valoración de sus respectivos requisitos de aplicación no resulten delimitados ya en orden a un determinado tipo de filiación, caso de la matrimonial, o bien de la necesaria subsistencia de una previa relación biológica de generación. Extremos también apreciables, como mas adelante se expone, respecto de la valoración jurisprudencial

del "interés legítimo" que sustenta la legitimidad del ejercicio de la acción (artículo 131 del Código Civil).

Con mayor incidencia, SSTC 116/1999, de 17 de junio ,_ de 6 de noviembre de 2012 y_ STS de 12 de mayo de 2011, resultan extrapolables estas consideraciones al contexto de la filiación derivada del empleo de técnicas de reproducción asistida, particularmente del carácter no exclusivo ni excluyente del hecho biológico, como fuente o causa de la filiación, y en favor del protagonismo de los consentimientos implicados como elementos impulsores de la determinación legal de la filiación en estos casos.

Por tanto, la conclusión que debe extraerse de este contexto valorativo, avanzando en la dirección ya señalada por la sentencia de esta Sala de 5 de diciembre de 2013 (núm. 740/2013), no es otra que la plena razón de compatibilidad de ambas normativas en el curso de la acción de filiación no matrimonial, de forma que los consentimientos prestados con ocasión del empleo de las técnicas de reproducción asistida, claramente acreditados de los hechos obrantes y que llevó a la madre biológica a poner como segundo nombre del niño el primer apellido de su pareja, como antecedente o causa de la filiación reclamada, integran y refuerzan la posesión de estado de la mujer homosexual tanto en el plano de su función legitimadora del ejercicio de la acción, como en su faceta de medio de prueba de la filiación reclamada .

4. Esta consideración o razón de compatibilidad, como ya se ha apuntado, resulta también relevante a la hora de abordar el "interés legítimo" que debe presidir la amplia legitimación que se deriva de la posesión de estado. En efecto, en el presente caso, probado el propósito común de ambas mujeres para recurrir a la técnica de reproducción asistida, así como la existencia de una posterior unidad familiar entre las dos convivientes y el hijo biológico de una de ellas, el consentimiento prestado en su momento, por la conviviente que no es la madre biológica del menor, vino investido por un claro interés moral o familiar plenamente legitimado en su aspiración de ser madre, cuya efectividad depende, precisamente, del éxito de la acción entablada.

Viabilidad de la acción y protección del interés superior del menor.

TERCERO .-1. En el presente caso, conforme a los planteamientos de la cuestión ya expuestos, esta Sala no comparte la interpretación normativa que la sentencia recurrida realiza sobre el alcance de los hechos acreditados en orden a no estimar acreditada la posesión de estado alegada, de ahí que deba procederse a su revisión y pertinente estimación. Así, en primer término , en relación con la legitimación activa que de un modo amplio rige para el ejercicio de la acción (artículo 131 del Código Civil) ya ha resultado justificado el interés legítimo de su interposición sobre la base de los hechos y pruebas aportadas, sin que resulte necesaria la impugnación de la filiación ya determinada en favor de la madre biológica, pues no resulta contradictoria con la que se pretende reclamar; la ya citada STS de 5 de diciembre de 2013.

En segundo término , hay que señalar que la sentencia de Pleno de esta Sala, de 12 de mayo de 2011 (nº 320/2011), que la propia sentencia recurrida trae a colación como antecedente necesario del presente caso, conforme también a lo constatado por ambas instancias en dicho procedimiento, declara unos hechos reveladores de la posesión de estado ahora alegada, entre otros, que existió una unidad familiar entre las dos convivientes y el hijo biológico de una de ellas, que la relación o trato con dicho hijo desde su nacimiento fue de madre y que resultó beneficiosa y complementaria para el niño, que así la reconocía. Hechos no desacreditados por la sentencia recurrida que reconoce, conforme a lo probado en autos, "que tanto la madre biológica como la demandante se han preocupado del menor con igual dedicación" o que resulta acreditado que "durante un tiempo actuó como madre". En definitiva, hechos reveladores del "tractatus" como elemento impulsor de la posesión de estado, particularmente en los supuestos de reclamación de filiación no matrimonial, como en el presente caso (SSTS 17 de marzo de 1995_y_ 10 de noviembre de 2003).

Frente a ello, las consideraciones de la sentencia de Apelación se aparta de la esencia del objeto de debate, pues que la sentencia de Pleno citada, de 12 de mayo de 2011, considere que "la demandante no es la madre del menor" es una consecuencia lógica de la pretensión ejercitada en su momento, que no fue la reclamación de la

filiación, sino el derecho de visitas, previamente establecido por el Juzgado de Instrucción nº 2 de Talavera. En parecidos términos, respecto de la referencia de la citada sentencia a la inaplicación del artículo 7.3 de la LTRHA que en el presente caso, tal y como se ha justificado, resulta innecesaria en el curso de la acción de filiación no matrimonial aquí interesada.

2. Por otra parte, y como también se ha puntualizado, el curso de la acción ejercitada no escapa a la ponderación o ajuste que debe realizarse conforme al interés superior del menor y, por tanto, a las concreciones y funciones que el ordenamiento jurídico le asigna. En efecto, desde su configuración como principio constitucional , reforzado por los Textos internacionales de referencia, Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España, y Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por el Parlamento Europeo mediante Resolución A3-0172/92, así como por el propio desarrollo de la legislación nacional, Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, debe señalarse que, como salvaguarda de los derechos fundamentales y libre desarrollo de la personalidad del menor (STS de 5 de febrero de 2013, nº 26/2013), su proyección sobre la protección de la vida familiar alcanza, sin distinción, a las relaciones familiares con independencia, como razón obstativa, de la naturaleza matrimonial o no de la misma, o al hecho de la generación biológica tomado como principio absoluto, en sí mismo considerado, de forma que incide en la existencia del lazo de familiaridad establecido con el niño permitiendo o favoreciendo su desarrollo conforme al libre desarrollo de la personalidad del menor.

A su vez, desde la pauta o función de tutela que despliega el interés superior del menor, su incidencia en los derechos y bienes jurídicos concurrentes también se manifiesta en el necesario juicio de ponderación realizado a tal efecto, de forma que en el curso de la acción de reclamación de filiación no matrimonial, que trae causa del empleo de las técnicas de reproducción asistida, el interés del menor representa un

control o contrapeso para advenir el alcance del consentimiento prestado por la conviviente de la madre biológica.

Pues bien, en el presente caso, y en orden a la viabilidad de la acción ejercitada, debe concluirse, a la luz de los informes técnicos realizados, que ambas facetas concurren de forma positiva en la relación de familiaridad del menor con la demandante.

CUARTO .-Estimación del recurso y costas.

La estimación del motivo formulado comporta la estimación del recurso de casación.

Por aplicación de lo dispuesto en el artículo 398.2 LEC, no procede hacer expresa imposición de costas a ninguna de las partes por el recurso de casación interpuesto.

3. Por aplicación del artículo 398 LEC, en relación con el artículo

394.1 del mismo Cuerpo legal, dado que el asunto presente serias dudas de Derecho, no procede hacer expresa imposición de costas de Primera y Segunda Instancia.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

F ALLAMOS

1. Declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña Eufrasia contra la sentencia dictada, con fecha 17 de enero de 2012, por la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 2ª, en el rollo de apelación nº 265/2010,

que casamos y anulamos, confirmando en su lugar los pronunciamientos contenidos en el fallo de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Talavera de la Reina, de 23 de abril de 2010, dimanante del Juicio Verbal 1021/2009, salvo el extremo referido a la condena al pago de las costas.

2. No procede hacer expresa imposición de costas del recurso de casación.

3. No procede hacer expresa imposición de las costas procesales causadas en Primera y Segunda Instancia.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Francisco Marín Castán José Ramón Ferrándiz Gabriel

José Antonio Seijas Quintana Antonio Salas Carceller

Francisco Javier Arroyo Fiestas Ignacio Sancho Gargallo

Francisco Javier Orduña Moreno Rafael Sarazá Jimena

Sebastián Sastre Papiol

TRIBUNAL SUPREMOSala de lo Civil

—

VOTO PARTICULAR

FECHA:15/01/2014

Voto particular que formulan a la Sentencia 836/2013, de 15 de enero de 2014 (recurso núm. 758/2012), los magistrados D. Francisco Marín Castán, D. Antonio Salas Carceller y D. Ignacio Sancho Gargallo.

PRIMERO. Con absoluto respeto a la decisión de la mayoría de los magistrados de la Sala, discrepamos de ella y de los fundamentos que la justifican, por diversas razones que, en síntesis, son las siguientes:

1ª.-No se respetan los hechos probados en su totalidad.

2ª.-Las sentencias de esta Sala citadas como precedentes conducen a la solución opuesta, es decir, a la desestimación del recurso.

3ª.-Se prescinde de aplicar al caso la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (en adelante LTRHA), modificada por la Ley 3/2007, de 15 de marzo, cuando resulta que el recurso de casación, presentado el 5 de marzo de 2012, se amparaba en el apdo. 3 del art. 477 LEC al invocarse el interés casacional en su modalidad de aplicación de norma con no más de cinco años en vigor y sobre la que no existía doctrina jurisprudencial.

4ª.-En cambio, aun cuando en el fundamento de derecho tercero se diga que "*la perspectiva de análisis... no tiene por objeto la valoración de la posesión de estado de filiación, considerada en sí misma, ya como medio de determinación de la filiación, propiamente dicho, o bien como título de legitimación de la misma...*", sino que se centra, más bien, "*en las facetas o funciones que esta figura desempeña en el curso de la determinación judicial de la filiación*", lo cierto es que, materialmente, el único fundamento de la estimación del recurso acaba siendo la posesión de estado.

5ª.-Este único fundamento en la posesión de estado no se ajusta a las previsiones de nuestro ordenamiento jurídico para casos como el presente.

6ª.-Tanto los principios constitucionales que se citan en el apdo. 3 del fundamento de derecho segundo como el interés superior del menor, que se invoca en el mismo apartado, tendrían que haber determinado la desestimación del recurso en vez de su estimación.

A continuación se desarrollan por separado las anteriores razones.

SEGUNDO . La apreciación de la posesión de estado, que ciertamente implica un juicio de valor revisable en casación, no puede sin embargo prescindir de la totalidad de las circunstancias de hecho tomadas en consideración por la sentencia recurrida, y menos aún tratándose de un recurso de casación por interés casacional como es el presente. Del mismo modo, tampoco pueden desconocerse las circunstancias de hecho que esta misma Sala tuvo en cuenta en su sentencia de Pleno de 12 de mayo de 2011 (sentencia nº 320/2011, recurso nº 1334/2008, en adelante STS 12-5-2011), ya que esta versó precisamente sobre un conflicto entre las dos mismas litigantes en relación con el mismo niño.

Pues bien, en cuanto a lo primero, la sentencia recurrida no considera probado el consentimiento de la demandante-recurrente al empleo de las técnicas de reproducción asistida y, pese a esto, el parecer de la mayoría considera " *claramente acreditados de los hechos obrantes* " los "*consentimientos* ", fundándose sobre todo en que la demandada-recurrida, es decir la madre biológica, eligió como segundo nombre del niño Esteban el primer apellido de la demandante-recurrente, Dª Eufrasia (FJ 2º, apdo. 3, párrafo último).

Con semejante deducción esta Sala entra en una contradicción poco explicable con la STS 12-5-2011, que en su fundamento de derecho primero (*Resumen de los hechos probados*) declara literalmente lo siguiente: "*El embarazo se consiguió mediante la técnica de fecundación asistida, con material genético de donante anónimo. No está probado si la decisión fue tomada o no conjuntamente por las dos componentes de la pareja* ".

Por otro lado, el parecer de la mayoría ha prescindido de un hecho probado, tanto según la sentencia recurrida como según la STS 12-5-2011, que es relevante no solo para la apreciación de la posesión de estado sino también para el juicio de valor de que la maternidad de la demandante-recurrente sea en verdad beneficiosa para el interés superior del menor. Se trata del hecho consistente en que la ruptura de la convivencia entre las dos litigantes, cuando el niño tenía apenas tres años, fue particularmente traumática, porque " *se habían producido malos tratos* ", con denuncias recíprocas (STS 12-5-2011, FJ 1º-3º), y el juez tuvo que adoptar medidas " *imponiendo a las partes una orden de alejamiento y decretando un régimen de visitas para que la demandante pudiera ver al menor* " (sentencia recurrida, FJ 1º), circunstancias valoradas muy especialmente por la sentencia recurrida para negar el elemento de la "fama" , conformador de la posesión de estado, en atención al " *poco tiempo que la pareja gozó de dicha estabilidad desde el nacimiento del niño* " (sentencia recurrida, FJ 1º).

TERCERO. Bastaría lo antedicho para descartar que la STS 12-5-2011 sea un precedente idóneo para justificar la estimación del presente recurso. Antes bien, lo que la Sala razonó entonces fue que " *no puede hablarse de relaciones jurídicas y la filiación no se ha establecido, ni en este caso pudo establecerse dados los requerimientos de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida, en su art. 7.3, modificado en 2007* " (FJ 4º, párrafo último). Pese a esto, el parecer de la mayoría va más allá de lo acordado en aquel caso, régimen de visitas a favor de Sra. Eufrasia justificado entonces por esta Sala reconociéndole la condición de allegada, y la declara madre en plena igualdad con la madre biológica, la demandada-recurrida Sra. María Virtudes, con el trascendental efecto, al confirmarse la sentencia de primera instancia (FJ 4º de esta), de que el niño quede bajo la potestad de ambas litigantes.

Tampoco la sentencia de esta Sala de 5 de diciembre de 2013 (sentencia nº 740/2013, recurso nº 134/2012, en adelante STS 5-12-2013) autoriza la estimación del presente recurso, pues aunque ciertamente atiende a la posesión de estado, lo hace en cuanto " *integra y refuerza el consentimiento prestado al amparo de esta norma [la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida] a partir de la cual se crea un título*

de atribución de la paternidad " (FJ 3º-5). Si a esto se une que en el caso entonces enjuiciado hubo matrimonio entre las litigantes; adopción, antes del matrimonio, de una niña, nacida de una de las litigantes, por la otra; consentimiento de las dos litigantes, antes de casarse, para la fecundación *in vitro* de la que ya era madre biológica; nacimiento de dos niñas cuando las litigantes ya se habían casado; y en fin, intentos de la madre biológica, constante matrimonio, de que estas niñas fuesen inscritas como hijas matrimoniales de ella y de su cónyuge, mediante un expediente de rectificación del Registro Civil, fácil será comprender las sustanciales diferencias con el presente caso, pues lo que primordialmente tuvo en cuenta entonces esta Sala fue que el requisito temporal del consentimiento previo ante el encargado del Registro Civil no podía prevalecer sobre el hecho indiscutible de la voluntad conjunta, que se mantuvo después de haber contraído matrimonio y, por tanto, concurriendo materialmente todos los requisitos exigidos por la LTRHA tras su modificación de 2007. Es más, esta sentencia de 2013 atiende muy especialmente a "*la estabilidad que resulta del matrimonio* " en relación a ese conjunto de efectos que comportan "*la patria potestad, guarda y custodia, alimentos, apellidos y derechos sucesorios* " (FJ 3º-4).

CUARTO. No es lógico, si el ordenamiento jurídico se considera como un conjunto sistemático y armónico, que un caso de filiación de un niño nacido en virtud de la aplicación de técnicas de reproducción asistida se resuelva en casación marginando la ley especial, es decir la LTRHA, y prescindiendo de su modificación en 2007 (por la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas), porque esta modificación, teniendo ya muy presente la posibilidad legal de matrimonio entre personas del mismo sexo (introducida en nuestro ordenamiento por la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio), estableció en el apartado 3 del artículo 7 LTRHA un régimen que debe considerarse específico, dado que este artículo 7 se titula *Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida*.

Cierto es que el apartado 1 del mismo artículo 7 dispone que "*La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las leyes civiles...*", pero no es menos cierto que, inmediatamente a continuación, se añade "*...a salvo de*

las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos ", salvedad que necesariamente debe comprender la del apartado 3 del propio artículo 7 por ser este precisamente el primero que la ley especial dedica al régimen de la filiación.

Dispone el apartado 3 del artículo 7 de la LTRHA, tras su modificación por la Ley 3/2007, lo siguiente: "*Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido ."*

De esta regulación se sigue que la ley especial, para el caso de relaciones entre personas del mismo sexo que sean mujeres, de las que una decida tener hijos mediante la aplicación a sí misma de las técnicas de reproducción asistida, supedita la relación de filiación entre la persona que nazca y la otra mujer a que esta última esté casada con la madre biológica y no se encuentre separada de ella legalmente o de hecho. La ley especial opta, pues, por un requisito, el matrimonio, en el que no es difícil advertir un elemento de estabilidad, o cuando menos de propósito de estabilidad, como con acierto razona la sentencia recurrida citando en su apoyo la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de octubre de 2009 y como igualmente razonó esta Sala en su STS 5-12-2013 según se ha puntualizado anteriormente.

Con esta regulación, además, el legislador de 2007 ya tuvo en cuenta no solo la posibilidad legal de matrimonio entre personas del mismo sexo sino también la cláusula general de la Ley 13/2005 (es decir, la que estableció tal posibilidad) según la cual "[l]as disposiciones legales y reglamentarias que contengan alguna referencia al matrimonio se entenderán aplicables con independencia del sexo de sus integrantes" (disposición adicional primera).

Además, se desprende de la interpretación literal de lo dispuesto por el artículo

7.3 LTRHA que para que la mujer no progenitora pueda "consentir" que se determine a su favor la filiación es necesario que previamente esté de acuerdo con ello la madre biológica, pues en caso contrario se daría la paradoja de que podría elegir libremente la no progenitora mientras que la madre biológica no podría imponer ni evitar tal consecuencia, que siempre quedaría al libre arbitrio de su cónyuge.

QUINTO. Pues bien, el parecer de la mayoría, al inclinarse por resolver el recurso desde la perspectiva única de la posesión de estado, no solo prescinde de la salvedad muy claramente establecida en el apartado 1 del artículo 7 LTRHA sino que, además, prescinde tanto de la norma que, según la propia demandante-recurrente, justificaba el interés casacional cuanto del planteamiento mismo de la acción de reclamación de filiación, esencialmente fundado, como destaca la sentencia recurrida, en la aplicación retroactiva del artículo 7.3 de la LTRHA pero prescindiendo del requisito del matrimonio entre la madre biológica y la demandante.

Con este criterio de decisión parece darse por sentado que el legislador de 2007 no tuvo en cuenta el interés superior del menor ni la peculiaridad inherente a la relación entre dos mujeres, en la que, por naturaleza, solamente una de ellas puede ser madre biológica. Pero precisamente esto es lo que habría que haber demostrado o, cuando menos, intentado razonar.

SEXTO. Hasta la reforma introducida por la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación de la mención relativa al sexo de las personas, la LTRHA no preveía otro título de determinación materna de la filiación que el parto. Con la reforma se permitió que junto con la maternidad biológica, determinada por el parto, pudiera reconocerse a la mujer que estuviere casada, y no separada, con la mujer que fuera a dar a luz mediante las técnicas de reproducción asistida reguladas en la ley, la posibilidad de consentir "*en que, cuando nazca el hijo de su cónyuge se determine a su favor la filiación respecto del nacido*".

Al margen de si se la considera una maternidad por naturaleza (que no biológica) o legal, la determinación de la filiación se lleva a cabo por una manifestación realizada

por la mujer cónyuge de la madre biológica, ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, de que " *consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido* ". Se trata de un nuevo título de determinación de la filiación, aplicable sólo cuando haya mediado reproducción asistida, que consiste en el consentimiento de la mujer de ser tenida como madre, el cual ha de prestarse antes del nacimiento del hijo y estando casada, y no separada legalmente o de hecho, con la madre biológica.

Es importante resaltar que este título de determinación se apoya en el mero consentimiento de la mujer, prestado bajo unas condiciones de tiempo y estado civil, pues se exige que sea antes del nacimiento del hijo y estando casada con la madre biológica.

Al basarse este nuevo título de determinación de la filiación en el consentimiento de la mujer, no cabe en ningún momento que se le pueda imponer esta maternidad, de tal forma que no podría prosperar ninguna reclamación de la filiación contra ella, ni siquiera por parte del hijo, aunque se cumplieran el resto de los requisitos legales y durante años se hubiera comportado como madre.

En el presente caso, quien reclama la maternidad no puede acceder a esta forma de determinación de la maternidad porque, dejando al margen la exigencia de que se haga antes del nacimiento del hijo, nunca ha estado casada con la madre biológica. El hecho de que no hubiera podido hacer uso de una facultad como la prevista actualmente en el art. 7.3 LTRHA antes de que naciera el hijo respecto del que se solicita el reconocimiento de la filiación, pues para entonces (2003) ni podía estar casada con la madre biológica, con la que sí convivía, ni se permitía esta forma de doble maternidad, no justifica un ejercicio posterior de esta facultad. Detrás de la exigencia legal de que la mujer esté casada con la madre biológica, y no separada legalmente o de hecho, para que pueda determinarse a su favor la maternidad subyace una opción legal por la estabilidad en la relación que puede conferir su formalización mediante el matrimonio civil, con vistas a facilitar, en beneficio del hijo, el ejercicio de la patria potestad. Este punto será tenido en cuenta, luego, para explicar por qué el interés del menor no sólo

no justifica la interpretación realizada por la mayoría, sino que la impide, a no ser que se confunda con el interés de la mujer que reclame la maternidad.

Por tanto no tiene sentido reconocer a posteriori, ni deformando la aplicación transitoria de la norma, aquella forma de maternidad, porque no perduran en el tiempo los requisitos que hubieran justificado en su día esta determinación de la filiación si hubiera estado en vigor el art. 7.3 LTRHA.

Tampoco cabe, como veremos a continuación, acudir a la posesión de estado para reclamarla, sobre la base del art. 131 CC, porque la posesión de estado no acredita por sí la filiación, sino que constituye una mera situación fáctica que permite presumir quiénes pueden ser los progenitores, sin que encuentre encaje con este nuevo título de determinación de la filiación que se basa en el mero consentimiento de la mujer casada con la madre receptora de la reproducción asistida.

SÉPTIMO. Con anterioridad a la Ley 3/2007, de 15 de marzo, que introdujo el art. 7.3 LTRHA, la jurisprudencia posterior a la reforma que en materia de la filiación llevó a cabo la Ley 11/1981, de 13 de mayo, entendía que la posesión de estado no tiene, propiamente, eficacia acreditativa de la filiación, sino que constituye un medio de prueba de carácter presuntivo o indirecto, en cuanto ofrece una sólida base de hecho para apreciar la existencia de la relación biológica que constituye el objeto de las acciones judiciales de reclamación de la filiación (sentencias 13 de noviembre de 1992, 16 de mayo de 1997) y lo contrario su ausencia (sentencia 8 de julio de 1991). Como se ha puesto de manifiesto en la doctrina, "la posesión de estado no acredita formalmente quiénes sean los progenitores de una persona; es sólo una situación fáctica que permite presumir quienes pueden serlo". Y esta presunción constituye una prueba cuando se trata de determinar judicialmente la filiación conforme al art.

767.3 LEC.

Como ya hemos adelantado, no cabe invocar la posesión de estado para justificar por sí, al amparo del art. 131 CC, una filiación que se determina necesariamente por el

consentimiento de la mujer, cumplidos unos determinados requisitos, si por las razones que sean ese consentimiento no se prestó en su día y ahora no es posible hacerlo. Desde el momento en que la determinación de la filiación ex art. 7.3 LTRHA depende del consentimiento de la mujer y, en ningún caso, puede exigírsele ni en ese momento (antes del nacimiento del hijo), ni después, pasados unos años en que *de facto* hubiera desarrollado las funciones propias de una madre, la posesión de estado no puede contribuir a presumir que existe esta filiación, al margen de que quien pretenda ahora reclamarla sea la mujer.

OCTAVO. La mera invocación de un principio constitucional, en este caso, el interés del menor que debe presidir la interpretación de las normas del ordenamiento jurídico que le afectan, no legitima su aplicación en cualquier sentido, sino en aquel en que de veras se evidencie que opera en beneficio de dicho menor, pues lo contrario sería un mero ejercicio de voluntarismo jurídico.

En realidad, en atención a los hechos probados, incluido el de las circunstancias traumáticas de la ruptura entre las litigantes y el hecho evidente de que, pese a haber podido contraer matrimonio antes de su ruptura, no lo hicieron, la estimación del recurso de casación de la demandante satisface no el interés superior del menor sino la "*aspiración de ser madre*" de la demandante, "*cuya efectividad depende, precisamente, del éxito de la acción entablada*" (FJ2º-4 de la sentencia de la que se disiente).

En verdad no se alcanza a comprender que por el solo hecho de que la demandante-recurrente conviviera con el niño durante sus tres primeros años de vida se la declare madre, dando un paso de enorme trascendencia mucho más allá de la solución correcta del conflicto por la STS 12-5-2011.

Con la estimación del recurso la demandante pasa a ostentar la patria potestad sobre el niño, adquiere expectativas sucesorias que incluso pueden llegar a materializarse sobre bienes que actualmente pertenecen a la otra litigante, podrá decidir sobre la educación del niño en edades o etapas mucho más decisivas para su formación que la

que media entre el nacimiento y los tres primeros años de edad, podrá reclamar su guarda y custodia y, en definitiva, tener capacidad de decisión sobre todas las cuestiones que afecten al menor hasta que este cumpla dieciocho años. A cambio, la madre biológica, la única legal a juicio de los magistrados que formulan este voto particular, verá inevitablemente coartada su libertad en todo lo que se refiera a su hijo y, si forma otra relación de pareja o decide contraer matrimonio, tendrá la permanente interferencia de la demandante, como madre del niño con plenitud de derechos, en la nueva unidad familiar. Se crea, así, una situación potencialmente conflictiva en la que no se alcanza a ver ningún beneficio para el menor.

Por tanto, la estimación del recurso no responde, materialmente, al interés superior del menor, aunque así se diga, sino al interés de la demandante-recurrente.

NOVENO. En virtud de todo lo razonado anteriormente, el recurso tendría que haber sido desestimado, ya que la sentencia impugnada no infringe la LTRHA, norma que justificó el acceso de este asunto a casación, ni tampoco la doctrina jurisprudencial de esta Sala.

Pese a la desestimación del recurso, la decisión de la mayoría demuestra por sí sola que el recurso presenta serias dudas de hecho y de derecho que habrían justificado, conforme al artículo 398.1 LEC en relación con su artículo 394.1, que las costas no se impusieran especialmente a ninguna de las partes.

El fallo, pues, tendría que haber sido el siguiente:

1º.-Desestimar el recurso de casación por interés casacional interpuesto por D^a Eufrasia contra la sentencia dictada el 17 de enero de 2012 por la Sección 2^a de la Audiencia Provincial de Toledo en el recurso de apelación nº 265/2010.

2º.-Y no imponer especialmente las costas del recurso a ninguna de las partes.

Francisco Marín Castán Antonio Salas Carceller Ignacio Sancho Gargallo

PUBLICACIÓN.-Leída y publicada fue la anterior sentencia y voto particular por el EXCMO. SR. D. **Francisco Javier Orduña Moreno** , ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como secretario de la misma, certifico.