

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Civil

Presidente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

SENTENCIA

Sentencia N°: 740/2013

Fecha Sentencia: 05/12/2013

CASACIÓN

Recurso N°: 134/2012

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimando

Votación y Fallo: 12/11/2013

Ponente Excmo. Sr. D.: José Antonio Seijas Quintana

***Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE SANTA CRUZ DE TENERIFE
SECCION N. 1***

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Alberto Carlos García Vega

Escrito por: AAV

Nota:

**FILIACIÓN. MATRIMONIO DE PERSONAS DE MISMO SEXO.
POSESIÓN DE ESTADO Y LEY DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA**

CASACIÓN Num.: 134/2012

Ponente Excmo. Sr. D.: José Antonio Seijas Quintana

Votación y Fallo: 12/11/2013

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Alberto Carlos García Vega

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

SENTENCIA N°: 740/2013

Excmos. Sres.:

D. Francisco Marín Castán

D. José Antonio Seijas Quintana

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Xavier O'Callaghan Muñoz

En la Villa de Madrid, a cinco de Diciembre de dos mil trece. Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife como consecuencia de autos de juicio verbal nº 599/2010, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Santa Cruz de Tenerife ,cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por la representación procesal de doña Xxx, la procuradora doña Cristina Matud Juristo. Habiendo comparecido en calidad de recurrido la procuradora doña Rosa Maria del Prado Moreno, en nombre y representación de doña Xxx. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- La procuradora doña Montserrat Gómez Cabrera, en nombre y representación de doña Xxx, interpuso demanda de juicio declarativo de reclamación de filiación, contra doña Xxx y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia declarando que las menores Xxx y Xxx son también hijas de doña Xxx y haber lugar a que se rectifique la inscripción del nacimiento de dichas menores en el sentido de que aparezcan como apellidos de las mismas los de Xxx y Xxx, con la oportuna inscripción en el Registro Civil. Todo ello con expresa imposición de costas a la demandada por manifiesta temeridad y mala fé.

El Ministerio Fiscal presentó escrito contestando la demanda alegando los hechos y fundamentos que estimó de aplicación y termino suplicando se dicte sentencia conforme a lo que resulte probado y en base a los preceptos invocados.

2.- La procuradora doña Soria Hernandez Morera, en nombre y representación de doña Xxx, 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 desestime la demanda de la actora con expresa condena en costas.

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 7 de Santa Cruz de Tenerife dictó sentencia con fecha once de abril de 2011, cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLO: Que debo estimar y estimo la demanda interpuesta por el Procurador Sr, Gómez Cabrera, en nombre y representación de D^a Xxx, bajo la dirección letrada de D. Pablo Arveto, contra D^a Xxx, representada por la Procuradora Sra. Hernández Morera y bajo la dirección letrada de D^o Gerardo Sánchez, debiendo declarar que Xxx y Xxx son hijas matrimoniales de D Xxx, hija de xxx e xxx, nacida en esta ciudad el día 21 de febrero de 1961, debiendo efectuarse las*

rectificaciones necesarias en las actas de inscripción de nacimiento del Registro Civil de Santa Cruz de Tenerife, obrantes al Tomo 536, página 269 y Tomo 536, página 271, Sección Primera, a efectos de hacer constar que las inscritas son hijas de D Xxx, siendo en lo sucesivo el orden de los apellidos de las hijas el primero xxx y el segundo Xxx.

Todo lo anterior lo es con condena en costas a la parte demandada.

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de doña Xxx, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, dictó sentencia con fecha 24 de octubre de 2011, cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLAMOS: Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de doña Xxx, contra la sentencia de fecha 11 de abril de 2011, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Santa Cruz de Tenerife, en los autos nº 599/2010; confirmando dicha resolución, con expresa imposición de las costas del recurso a la parte apelante.*

TERCERO.- Contra la expresada sentencia interpuso **recurso de casación** la representación procesal de doña Xxx con apoyo en los siguientes **MOTIVOS:PRIMERO**.- Infracción de normas aplicables al supuesto objeto del procedimiento. Se cita el artículo 131 primer párrafo del Código Civil, en lo referente a la aplicación de la figura de la posesión de estado para declarar la filiación. b) Vulneración de la doctrina jurisprudencial de los actos propios. Sentencias de esta Sala de 10 de noviembre de 2003 28 de mayo de 1997 y 14 de noviembre de 1982. **SEGUNDO**.- Infracción de jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo. Sentencias de fecha 4 de junio de 2004 y 30 de octubre de 1995.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 8 de enero de 2013 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la procuradora doña Maria del Pardo Moreno, en nombre y representación de doña Xxx, presentó escrito de impugnación al mismo.

Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido al Ministerio Fiscal presentó escrito interesando la desestimación del recurso de casación interpuesto ya que legalmente las niñas nacidas son hijas de ambas mujeres doña xxx y doña xxx.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 12 de Noviembre del 2013, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **JOSÉ ANTONIO SEIJAS QUINTANA**,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los antecedentes del caso son los siguientes: xxx y Doña xxx tienen una hija en común concebida por fecundación in vitro, xxx, la cual nace en 4 de marzo de 2005 siendo inscrita en el Registro Civil de Santa Cruz de Tenerife como hija de doña Xxx, madre soltera, y adoptada por doña Xxx por auto de fecha 25 de abril de 2008. Con fecha 3 de agosto de 2007 contrajeron matrimonio. Unos meses antes -16 de marzo de 2007-, ambas partes firman el consentimiento informado para la fecundación in vitro de doña Xxx Sabina. El día 14 de diciembre de 2007 nacen las menores Xxx y Xxx y son inscritas con la sola filiación materna y con los apellidos de la madre en el mismo orden que ésta los ostenta, la cual inicia ante el Registro Civil expediente de rectificación de error de las inscripciones registrales de las menores practicadas, a efectos de que se rectifique el error que según refiere existe en las mismas en cuanto al estado civil de la madre biológica que no es de soltera, sino de casada, y para que se identifique a su cónyuge a los efectos de la patria potestad y designación de apellidos de las dos menores. Dicho expediente de rectificación de error -nº 44/08- acaba por auto de fecha 5 de marzo de 2008 en el que se acuerda la rectificación parcial, únicamente respecto del estado civil de la madre, no accediendo al resto de las solicitudes interesadas. La progenitora interpuso contra dicho auto recurso de apelación que fue resuelto por la DGRN en fecha 26 de noviembre de 2008, desestimatorio íntegramente del recurso. En junio de

2009, una y otra rompen su relación definitivamente yéndose la demandada de la vivienda en la que convivían, formulando doña Xxx demanda de divorcio.

Con estos antecedentes, la acción deducida por doña Xxx en la demanda que formuló contra doña xxx es la relativa a la reclamación de filiación por posesión de estado respecto de las menores Xxx y xxx, que fue estimada en la 1ª Instancia, con la correspondiente rectificación de la inscripción de nacimiento practicada en el Registro Civil, para que se haga constar en dicha inscripción la filiación respecto de la actora y de que, consiguientemente, aparezcan como apellidos de las dos niñas los de xxx y xxx.

Recurrida la sentencia en apelación, fue desestimado el recurso. La Audiencia Provincial entendió que había prueba suficiente de la posesión de estado, *“de manera ininterrumpida, continuada y pública y por el tiempo suficiente”*. La prueba es esta:

1.- La que resulta de *“los hechos sucesivos consistentes en la voluntad concorde de las hoy litigantes de que la demandada se sometiera - de nuevo- al procedimiento de reproducción asistida, acudiendo al mismo centro en el que las dos, en fecha de 16 de marzo de 2007, prestan con su firma el consentimiento para la práctica de dicha técnica; que las partes contraen matrimonio el día 3 de agosto de 2007; y el día 14 de diciembre de 2007 nacen las menores Xxx y xxx. Es alrededor de junio de 2009 cuando las litigantes rompen su relación definitivamente yéndose la demandada de la vivienda en la que convivían”*.

2.- La que resulta de otras pruebas *“testificales, y documentales, incluso gráficas, aportadas y practicadas en el procedimiento...y que exime incluso del juego de la presunción judicial, cual es la prestación del consentimiento para la práctica de la técnica de reproducción asistida, de particular significación porque constituye la voluntad libre y manifestada por ambas litigantes del deseo de ser progenitoras mediante consentimiento expreso, hasta el punto de que en casos como este dicho consentimiento debe ser apreciado aunque la posesión de estado hubiera sido escasa o no suficientemente acreditada como de ordinario se exige”*.

3.- La propia demandada va contra sus propios actos, puesto que *"instó por su propia voluntad ante el Registro expediente de rectificación de error de las inscripciones registrales de las menores con la finalidad de que se rectifique el error relativo al estado civil de la madre biológica que no es de soltera, sino casada, y para que se identifique a su cónyuge a los efectos de la patria potestad y designación de apellidos de las dos menores, es decir, para que se hiciera constar como progenitora a la demandante. Y es la misma progenitora demandada la que interpone recurso ante la DGRN..."*.

Por remisión a la sentencia del Juzgado recoge lo siguiente: *" Y dicha posesión de estado debe desprenderse también de todas las actuaciones judiciales llevadas a cabo por la Sra. Xxx dirigidas siempre a mantener contacto con la niñas, medidas previas instadas en este juzgado en las que se solicitaba como medida provisional la fijación de régimen de vistas para las menores, acción de disolución matrimonial en la que se interesaba por dicha parte que se fijaren visitas para Xxx y Xxx, autos de adopción para interesar la adopción de la menores Xxx y Xxx. A ello debe añadirse que como reconocen los testigos durante un año la Sra. Xxx comparte su vida con las menores Xxx y Xxx en calidad de madre, hasta que la ruptura de la pareja produce también la ruptura de la relación con las niñas"*.

SEGUNDO.- El recurso plantea un problema de aplicación del artículo 131 del Código Civil, en lo referente a la figura de la posesión de estado para declarar la filiación, en relación con el artículo 7 de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida, en su redacción dada por Ley 3/2007, y a la infracción de la jurisprudencia reiterada de esta Sala sobre la interpretación del artículo 131 CC, de la doctrina de los actos propios, de los artículos 3 y 4 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y de los artículos 7.3, 8.1 y 8.2 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida".

Se denuncian varias cosas. En primer lugar, el fraude que se produce al reconducir la posesión de estado a la aplicación de la normativa sobre reproducción asistida y de igualdad efectiva entre hombres y mujeres. En segundo lugar, cuestiona que concurren los requisitos exigidos para tal figura y que pueda ser de aplicación la doctrina de los actos propios (matrimonio y

rectificación registral). En tercer lugar, que la sentencia interpreta de forma inadecuada la Ley de Reproducción Asistida puesto que en el momento de la inseminación no estaban casadas.

TERCERO.- El recurso se desestima.

1.- El artículo 44 CC, en su redacción dada por Ley 13/2005, sobre el derecho a contraer matrimonio, dispone en su párrafo primero que “El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código”, estableciendo el párrafo segundo que “El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”.

Resulta indiscutible, pues, que la nueva regulación legal del matrimonio no sólo ha abierto las puertas de esta institución a las parejas del mismo sexo, sino que, al optar por esta solución normativa de entre las diversas que estaban a su alcance, ha equiparado de forma absoluta los matrimonios contraídos entre personas homosexuales y personas heterosexuales, sin que la reforma resulte contraria a la Constitución (STC 6 de noviembre 2012).

2.- Ocurre que esta reforma se hizo sin atender a otros aspectos que están en íntima relación con el matrimonio, como es régimen legal de la filiación, en el que las acciones de impugnación y reclamación estaban pensadas exclusivamente para parejas heterosexuales, sin mencionar las homosexuales en que una de las personas no interviene en la fecundación. Es el artículo 7 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, redactado por la Disposición Adicional Primera de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, la que remite a las leyes civiles la filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida, a salvo de las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos de la misma. Este precepto habilita a la mujer casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, para 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, con lo que se garantiza la igualdad entre matrimonios heterosexuales y homosexuales para cuya efectividad se exige que

la manifestación se haga antes de que nazca el hijo, no en el momento de la inseminación, pues nada se dice ni se infiere del precepto, y es, además, la interpretación más acorde no solo con el hecho de que la inseminación no determina necesariamente el posterior embarazo y nacimiento del hijo de uno de los cónyuges, sino con el artículo 39 CE, que reconoce la protección integral de los hijos ante la Ley, con independencia de su filiación, y esta no puede quedar subordinada a un requisito formal, como el del consentimiento previo ante el encargado del Registro Civil y no ante la clínica, en el que se prestó, una vez quede acreditado adecuadamente el voluntario consentimiento para la técnica de reproducción asistida y la voluntad concorde de las partes de concebir un hijo.

3.- En el régimen de filiación en la aplicación de estas técnicas, el lugar del padre como verdad biológica a que se refiere el Código Civil, lo sustituye la Ley por la voluntad de quien desea ser progenitor. Se posibilita, por tanto, la coexistencia de dos filiaciones a favor de personas del mismo sexo: una filiación materna biológica y una filiación no basada en la realidad biológica, sino en una pura ficción legal, ambas con los mismos efectos jurídicos que la filiación por naturaleza, una vez se hayan cumplimentado los requisitos expuestos, lo que implica que en orden al ejercicio de una acción de reclamación de filiación, no sea necesaria la impugnación de la ya determinada, pues no es contradictoria con la que se establece por ley.

4.- Del cumplimiento de esta normativa deriva el conjunto de efectos que comporta en relación a la patria potestad, guarda y custodia, alimentos, apellidos y derechos sucesorios y se dota, en suma, al matrimonio y a los hijos biológicos de una de ellas de la estabilidad que resulta del matrimonio y de la voluntad de la madre y de su pareja de asumir los papeles de progenitores con el preferente interés de los hijos concebidos mediante estas técnicas a partir de una ley que trata de ordenar las relaciones familiares entre el niño nacido y los padres que tuvieron la voluntad de serlo.

5.- La remisión a las leyes civiles “salvo de las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos” que efectúa la Ley posibilita además el ejercicio de la acción que aquí se ejercita al amparo del artículo 131 del Código Civil, sobre posesión de estado, que constituye una causa para otorgar la filiación jurídica, aunque no exista el nexo biológico, y que en la práctica queda

superada por la prestación del consentimiento para llevar a cabo la técnica de reproducción asistida, porque *“constituye la voluntad libre y manifestada por ambas litigante del deseo de ser progenitoras”*, hasta el punto, dice la sentencia recurrida, que *“dicho consentimiento debe ser apreciado aunque la posesión de estado hubiera sido escasa o no suficientemente acreditado como de ordinario se exige. Seguramente por esta razón la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, en su artículo 7, apartado segundo (quiere decir el 8), prescribe que “Se considera escrito indubitado a los efectos previstos en el artículo 49 de la Ley 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. Queda a salvo la reclamación judicial de paternidad”*”.

Es evidente que la posesión de estado integra y refuerza el consentimiento prestado al amparo de esta norma a partir de la cual se crea un título de atribución de la paternidad .

6.- La posesión del “estado de filiación” que legitima para el ejercicio de la acción del artículo 131 del CC, se determina mediante la prueba que la sentencia ha valorado y que, según reiterada jurisprudencia, constituye una “cuestión de hecho” cuya determinación corresponde al Tribunal de instancia y, por ello, escapa de la casación (STS 10 de noviembre 2003, y las que cita). No se ha invocado precepto procesal alguno de prueba infringido que permita en este recurso estimar como absurda, irracional o ilógica la apreciación de la sentencia recurrida, y la tacha de incongruencia que parece invocarse en el motivo por la aplicación de la Ley de reproducción asistida, tampoco se acepta puesto que la cuestión de la acción que resulta de esta ley y de los hechos que se invocan formó parte de la cuestión litigiosa, sin que se hubiera formulado motivo alguno al respecto.

Los actos son claros, evidentes y reiterados, incluso los que pretenden elevarse a la categoría de “propios”, pues una cosa es que se deban atender con cautela en acciones legalmente previstas para la protección de un interés público, como es la filiación, y otra distinta que no puedan servir como una manifestación complementaria de esta posesión de estado a partir de una acreditada una

relación de hecho y de derecho entre las partes que se inició con la adopción de una hija nacida con carácter previo al matrimonio, que siguió con el matrimonio, en el seno del cual nacieron las dos hijas, y que concluyó, por ahora, con el posterior divorcio, y lo que carece de sentido y fundamento, cuando no está en juego el interés siempre preferente de las menores, es el empeinado esfuerzo de la madre biológica en impedir que progrese, se consolide y tenga efectos una situación como la enjuiciada en la que se está avanzando legal y jurídicamente en beneficio e interés de estas parejas, con argumentos como los que aquí se han sostenido. Es cierto que lo que se reclama es una filiación y que lo determinante es ver si se dan las condiciones necesarias para ello, pero ello no impide recordar que el artículo 3 de la LO 3/2007, de igualdad, parte del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres en supuestos como el la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil, y esta norma, ni ninguna otra, ha sido infringida en la sentencia. En estos momentos existe un interés real, y este no es otro que el de las niñas, y el de la unidad y estabilidad familiar entre las tres hermanas que preserve las vinculaciones la conseguidas entre todas, y la discrepancia entre las litigantes debe reconducirse a su ámbito natural y jurídico, que no es otro que el de la ruptura de las relaciones personales, mediante el divorcio, que ya instaron.

"El sistema familiar actual –STS 12 de mayo 2011- es plural, es decir, que desde el punto de vista constitucional, tienen la consideración de familias aquellos grupos o unidades que constituyan un núcleo de convivencia, independientemente de la forma que se haya utilizado para formarla y del sexo de sus componentes, siempre que se respeten las reglas constitucionales".

CUARTO.- Desestimado en su integridad el recurso, las costas del mismo se imponen a la parte recurrente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.1 en relación con el 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

F A L L A M O S

Declarar no haber lugar al recurso de casación formulado por la representación legal de Doña Xxx, contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de fecha 24 de octubre de 2011, con expresa condena a la recurrente de las costas causadas.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y Rollo de apelación en su día remitidos.

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 Antonio Seijas Quintana.Francisco Javier Arroyo Fiestas.Francisco Javier Orduña Moreno.Xavier O'Callaghan Muñoz.Firmadoy Rubricado.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **José Antonio Seijas Quintana**, 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.