

Sentencia nº 997/2011 de TS, Sala 1ª, de lo Civil, 18 de Enero de 2012

Ponente: ENCARNACION ROCA TRIAS

Número de Recurso: 622/2010

Procedimiento: CIVIL

Resumen;

PAREJA HOMOSEXUAL. ACCIÓN DE FILIACIÓN. DISCRIMINACIÓN.

La recurrente demandó a su ex pareja del mismo sexo, "en solicitud de determinación judicial de maternidad y de adopción de medidas materno-filiales y económicas" con respecto a la hija biológica de ésta última.

De acuerdo con el art. 108 CC, la demandante no se encuentra en ninguno de los supuestos de determinación de la filiación, "porque biológicamente es imposible su determinación por naturaleza y porque no se ha llevado a cabo ningún expediente de adopción respecto de la menor. A la vista de dicho artículo, no existe otro modo distinto de determinación de la filiación".

La aplicación del art. 7.1 y 3 LTRA exige que ambas integrantes de la pareja estén casadas entre sí y demandante y demandada nunca contrajeron matrimonio, de modo que "[...] al no estar presente el primero de los requisitos, esto es el matrimonio de la pareja, es imposible la aplicación de las consecuencias previstas, por ello, no nos encontramos en el supuesto de hecho previsto en la ley para la determinación de la filiación de un hijo nacido mediante técnicas de reproducción asistida, entre parejas del mismo sexo, pues exige con carácter previo el matrimonio de las mismas, sin que sea posible su aplicación analógica a parejas o uniones estables, puesto que la ley es clara al hablar de mujer casada, y sin que ello suponga discriminación alguna o desigualdad de trato".

La falta de legitimación de la recurrente proviene del hecho de que cuando era pareja con la hoy demandada y nació la niña no había posibilidad legal de que las personas del mismo sexo contrajeran matrimonio, ni adoptar los hijos del progenitor del mismo sexo; esa es la única causa por la que la actora, hoy recurrente, no pudo figurar como progenitora en su día ni en la actualidad, y ello no supuso, ni supone discriminación alguna y sí solo aplicación de la legislación vigente en nuestro ordenamiento".

Se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación.

Original:

No supone desigualdad de trato hacia la recurrente la denegación de la acción de filiación respecto de la hija biológica de su pareja del mismo sexo, dado que cuando eran pareja y nació la niña ...

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 18 de Enero de 2012.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, los recursos extraordinario de infracción procesal y de casación interpuestos ante la **Audiencia Provincial de Valencia, sección 10ª**, por Dª Visitación, representada por la Procuradora de los Tribunales Dª. María del Carmen Navarro Ballester, contra la Sentencia dictada, el día 27 de enero de 2010 por la referida Audiencia y Sección, en el rollo de apelación nº 510/09, que resolvió el recurso de apelación interpuesto en su día contra la Sentencia que había pronunciado, el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Massamagrell, en los autos de filiación nº 773/07.

Ante esta Sala comparecen el procurador D. José Antonio Sandín Fernández, en nombre y representación de D^a Visitación en concepto de parte recurrente. La Procuradora D^a Teresa Puente Méndez, en nombre y representación de D^a Esmeralda y su hija menor Tatiana en concepto de parte recurrida.

PRIMERO. Ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Massamagrell interpuso demanda de determinación judicial de maternidad y de adopción judicial de medidas materno-filiales y económicas con respecto a la menor Tatiana, contra D^a Esmeralda.

El suplico de la demanda es del tenor siguiente:

"....dicte sentencia sobre el fondo del asunto estimando su pretensión consistente en:

A) Que el juzgado determine mediante sentencia la filiación no matrimonial de la Sra. Visitación respecto de la menor Tatiana, la inscripción de dicha filiación en el Registro Civil y la inscripción de la menor como Tatiana.

B) Que el juzgado acuerde las medidas materno y económicas definitivas que se contienen en el apartado de hecho QUINTO consistentes en:

a) Que la patria potestad sea compartida por las 2 progenitoras.

b) Que la custodia de la menor sea asignada a la Sra. Esmeralda.

e) Que se establezcan visitas de la Sra. Visitación a favor de la menor consistentes en:

1) Los fines de semana alternos desde las 17:00 h. del viernes en que se recogerá a la niña en el colegio, hasta las 21.30 h. del domingo en que se dejará a la niña en casa de la Sra. Esmeralda.

2) Los jueves por la tarde desde la salida del colegio en que se recogerá a la niña en el colegio, hasta las 21.30 h. en que se dejará a la niña en casa de la Sra. Esmeralda.

3) La mitad de las vacaciones escolares de la menor.

A falta de acuerdo entre las progenitoras será de disfrute la primera parte de éstas para la Sra. Esmeralda los años pares y para la Sra. Visitación los años impares.

4) Los períodos en que no haya colegio por la tarde la Sra. Visitación recogerá a la menor igualmente en el colegio, pero a las 15.00 h. u horario de salida que establezca el colegio de la menor.

d) Dado que la Sra. Esmeralda después de la separación vive con la menor en la vivienda familiar, que el uso de ésta le sea adjudicada a ella.

e) Que sea acordada pensión de alimentos para la menor Tatiana hasta que haya finalizado sus estudios y alcanzado su independencia económica, la cantidad de 275,00 euros mensuales, que se modificará automáticamente con arreglo a los cambios del IPC en enero de cada año.

Dicha pensión será ingresada del 1 al 5 de cada mes en una cuenta bancaria que al efecto designe la Sra. Esmeralda.

f) Que los gastos extraordinarios se abonen por mitad por ambas progenitoras. Formarán parte de los gastos extraordinarios aquellos gastos no habituales relacionados con la educación y formación de los menores (matrículas, libros de texto, uniformes escolares, intercambios en el extranjero, academias para mejorar el rendimiento escolar, etc.) y los relacionados con la salud de los menores no cubiertos por la Seguridad Social (ortodoncias, ortopedias, lentes correctoras, etc.).

Subsidiariamente se solicita que el juzgado adopte por analogía con el artículo 94 del Código Civil - que permite el derecho de los menores de comunicar con abuelos y por analogía otros familiares- medidas para garantizar el derecho de la menor, teniendo en cuenta su superior interés, de comunicar con la Sra. Visitación , mediante un régimen de visitas con las siguientes condiciones:

1) Los fines de semana alternos desde las 17.00 h. del viernes u horario de salida que establezca

el colegio en que se recogerá a la niña en el mismo hasta las 21.30 h. del domingo en que se dejará a la niña en casa de la Sra. Esmeralda .

2) Una tarde a la semana desde la salida del colegio hasta las 21.30 h.

3) La mitad de las vacaciones escolares de la menor.

Todo ello con expresa imposición de las costas procesales a la parte demandada.

Admitida a trámite la demanda sobre determinación legal de la filiación extramatrimonial de Tatiana, inadmitiéndose la demanda respecto a la solicitud de adopción de medidas materno-filiales y económicas respecto de la menor, fue emplazada la demandada, alegando la representación de D^a Esmeralda como hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando:

"... se dicte Sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda teniendo en consideración las alegaciones formuladas por esta parte, con expresa imposición de costas a la actora por su temeridad y mala fe".

El Ministerio Fiscal compareció y contestó la demanda mediante el oportuno escrito alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó suplicando:
"...dicte sentencia con arreglo al resultado que ofrezcan las pruebas practicadas".

Contestada la demanda y dados los oportunos traslados, se citó a las partes a la vista prevenida en la LEC, y habiéndose solicitado el recibimiento del pleito a prueba, se practicó la que, propuesta por las partes, fue declarada pertinente y con el resultado que obra en autos.

El Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Massamagrell dictó Sentencia, con fecha 12 de diciembre de 2008, y con la siguiente parte dispositiva: "FALLO: DESESTIMO la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales D^a Rosa María Pérez Perona, en nombre y representación de D^a Visitación, frente a D^a Esmeralda y Tatiana, representadas por el Procurador D. Gonzalo Sancho Gaspar, habiendo intervenido el Ministerio Fiscal, y en consecuencia.

-ABSUELVO a las demandadas de cuanto se pretende frente a las mismas en la demanda, al apreciar la falta de legitimación activa de la actora D^a Visitación, con relación a la pretensión deducida.

-CONDENO a la demandante al pago, en su caso de las costas causadas en el presente procedimiento".

SEGUNDO. Contra dicha Sentencia interpuso recurso de apelación D^a. Visitación. Sustanciada la apelación, la Sección 10^a de la Audiencia Provincial de Valencia, dictó Sentencia, con fecha 27 de enero de 2010, con el siguiente fallo:

" Declaramos no haber lugar al recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D^a Visitación. Con imposición de las costas de esta alzada".

La representación de D^a Esmeralda y su hija menor Tatiana presentó escrito solicitando se supla la omisión existente en los Fundamentos Jurídicos y en el fallo de la Sentencia.

La representación de D^a Visitación, presentó escrito solicitando aclaración de sentencia, dictándose con fecha 24 de febrero de 2010, auto que contiene la parte dispositiva del tenor literal siguiente:
"la Sala acuerda complementar la sentencia de fecha 27.1.2010 dictada por esta Sala no habiendo

lugar a la impugnación realizada por el Procurador Don Carlos Aznar Gómez en representación de Esmeralda y Tatiana sin hacer expresa declaración en cuanto a las costas de dicha impugnación".

TERCERO. Anunciados recurso de casación y recurso extraordinario de infracción procesal por D^a Visitación, el Tribunal de instancia lo tuvo por preparado y dicha parte representada por la procuradora D^a M^a del Carmen Navarro Ballester, formalizó el recurso de casación al amparo del art. 477.2.1º de la LEC, en base a los siguientes motivos:

Primero.- Vulneración de derechos fundamentales susceptibles de amparo constitucional.

Segundo.- Infracción de derechos fundamentales y libertades públicas. Derecho a igualdad ante la Ley sin discriminación. Prohibición de discriminación por razón de sexo y de nacimiento. Derecho a la igualdad de hijos matrimoniales y no matrimoniales art. 14 del CE.

Por resolución de 21 de abril de 2010, la Audiencia Provincia acordó la remisión de los autos originales a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

El recurso extraordinario de infracción procesal lo interpuso en base a los siguientes motivos:

Primero.- Infracción del art. 460.2.1ª de la LEC en relación con el art. 24 de la CE.

Segundo.- Vulneración del art. 24 de la CE.

Tercero.- Infracción de derechos fundamentales y libertades públicas. Infracción de garantía procesal por denegación indebida de prueba. Derecho de tutela judicial efectiva. Vulneración del art. 24 de la CE.

Cuarto.- Infracción de derechos fundamentales y libertades públicas. Excepción de falta de legitimación activa. Derecho de tutela judicial efectiva (art. 24 CE).

CUARTO. Recibidos los autos y formado el presente rollo se personó el procurador D. José Antonio Sandín Fernández, en nombre y representación de D^a Visitación en concepto de parte recurrente. La Procuradora D^a Teresa Puente Méndez, en nombre y representación de D^a Esmeralda y su hija menor Tatiana en concepto de parte recurrida.

Admitido el recurso por auto de fecha 22 de febrero de 2011 y evacuado el traslado conferido al respecto, el Ministerio Fiscal, presentó escrito solicitando la desestimación de los recursos.

La Procuradora D^a. Teresa Puente Méndez, en nombre y representación de D^a Esmeralda y Tatiana impugnó los mismos, solicitando su inadmisión.

QUINTO. Se señaló como día para votación y fallo del recurso el 30 de noviembre de 2011, acordándose la suspensión del mismo y resolver el presente recurso por el Pleno de la Sala, señalándose para que tenga lugar la votación y fallo del mismo el día 20 de diciembre de 2011, en que el acto tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sra. D^a. Encarnación Roca Trias,

PRIMERO. Hechos probados.

1º D^a Visitación y D^a Esmeralda mantuvieron una relación afectiva hasta 2006. No contrajeron matrimonio.

2º La demandada D^a Esmeralda, dio a luz una niña el 14 septiembre 2003, Tatiana.

3º A pesar de haber iniciado un expediente matrimonial, no llegó a contraerse el matrimonio produciéndose la separación definitiva en diciembre 2006.

4º D^a Visitación demandó a D^a Esmeralda "en solicitud de determinación judicial de maternidad y

de adopción de medidas materno-filiales y económicas" con respecto a la niña Tatiana. Pidió en la demanda:

- a) el reconocimiento judicial de la filiación no matrimonial;
- b) que el juzgado acordara una serie de medidas en relación a la patria potestad, la guarda y custodia y el derecho de visitas y los gastos por alimentos.

Dª Esmeralda se opuso a la demanda entendiendo que la actora no estaba legitimada para ejercer una acción de filiación, de acuerdo con lo dispuesto en el Código civil, al no ser madre biológica de la menor, ni haberse iniciado el procedimiento de adopción.

El Ministerio Fiscal se adhirió a esta alegación y presentó la excepción de falta de legitimación activa de la demandante.

5º La sentencia del Juzgado de 1ª instancia e instrucción nº 2 de Massamagrell, de 12 diciembre 2008, desestimó la demanda. Argumentó:

- a) no hay que determinar si ha existido o no discriminación, atendida la orientación sexual de las litigantes, porque lo que debía determinarse era la legitimación de la demandante para el ejercicio de una acción de filiación respecto de la niña concebida mediante técnicas de reproducción asistida;
- b) de acuerdo con lo dispuesto en el art. 108 CC, la demandante no se encuentra en ninguno de los supuestos de determinación de la filiación, "porque biológicamente es imposible su determinación por naturaleza y porque no se ha llevado a cabo ningún expediente de adopción respecto de la menor. A la vista de dicho artículo, no existe otro modo distinto de determinación de la filiación" ;
- c) la aplicación del art. 7.1 y 3 LTRA exige que ambas integrantes de la pareja estén casadas entre sí y demandante y demandada nunca contrajeron matrimonio, de modo que "[...] al no estar presente el primero de los requisitos, esto es el matrimonio de la pareja, es imposible la aplicación de las consecuencias previstas, por ello, no nos encontramos en el supuesto de hecho previsto en la ley para la determinación de la filiación de un hijo nacido mediante técnicas de reproducción asistida, entre parejas del mismo sexo, pues exige con carácter previo el matrimonio de las mismas, sin que sea posible su aplicación analógica a parejas o uniones estables, puesto que la ley es clara al hablar de mujer casada, y sin que ello suponga discriminación alguna o desigualdad de trato" .

6º Dª Visitación apeló la sentencia. La SAP de la sección 10ª de Valencia, de 27 enero 2010 declaró no haber lugar al recurso. Respecto a la prohibición de discriminación por razón de sexo alegada por la recurrente y después de recoger la jurisprudencia constitucional, dice,

- a) que "[...]no se entiende fácilmente la alegación sostenida en el recurso acerca de esa pretendida discriminación, cuando la recurrente sabe bien que no se trata de una cuestión de discriminación, sino de legalidad; cuestión esta muy distinta y que la juzgadora de instancia resuelve conforme a la legalidad[...]" ;
- b) la falta de legitimación de la recurrente proviene del hecho de que cuando era pareja con la hoy demandada y nació la niña no había posibilidad legal de que las personas del mismo sexo contrajeran matrimonio, ni adoptar los hijos del progenitor del mismo sexo; esa es la única causa por la que la actora, hoy recurrente, no pudo figurar como progenitora en su día ni en la actualidad, y ello no supuso, ni supone discriminación alguna y sí solo aplicación de la legislación vigente en nuestro ordenamiento".

7º La demandante presenta recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2,1º LEC , que fueron admitidos a trámite por auto de esta Sala de 22 febrero 2011.

El Ministerio Fiscal se opone a la admisión del recurso. Figura la oposición de la parte recurrida.

SEGUNDO. Antes de entrar en el estudio de los recursos presentados por D^a Visitación, debe examinarse la objeción a su admisión formulada por el Ministerio Fiscal.

Según su oposición, la recurrente había ejercitado una acción de filiación, mientras que el recurso se fundamenta en el nº 1º del art. 477.2 LEC, es decir, que lo articula como si el proceso se hubiera seguido en reclamación de la tutela judicial de un derecho fundamental distinto de los reconocidos en el art. 24 CE.

La objeción del Ministerio Fiscal debe estimarse.

El art. 477.2, 1º LEC establece que serán recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales "1º cuando se dictaran para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, excepto los que reconoce el art. 24 de la Constitución", cuya vulneración debe ser denunciada a través del recurso extraordinario por infracción procesal, según establece el art. 469, 1.4º LEC.

El art. 249.1, 2ª LEC establece que se decidirán en juicio ordinario, "las [demandas] que pretendan la tutela del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, y las que pidan la tutela judicial civil de cualquier otro derecho fundamental, [...]".

En la demanda que ha dado lugar a los presentes recursos se ejercitó una acción de reconocimiento de filiación, con base en el art. 7 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, de Técnicas de reproducción asistida, modificado por la ley 3/2007 de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.

En esta demanda se alegó que la demandante ahora recurrente no había podido contraer matrimonio cuando nació la niña, en 2003, y ahora se permite la filiación conjunta sin necesidad de adopción, por lo que "permitir esta posibilidad a los hijos de filiación matrimonial y no permitirla para los hijos de relaciones de hecho, no matrimoniales, supondría una discriminación proscrita en nuestro ordenamiento jurídico".

Es cierto que se utilizaron en la argumentación referencias al derecho a no ser discriminado; pero la demanda no se fundó en la lesión de ningún derecho fundamental de la demandante, sino que ejercitó expresamente una acción de reconocimiento de la filiación, que no fue estimada en la sentencia que se recurre.

Este es el criterio sostenido en el auto de la Sala de 6 octubre 2009 donde, citando otros autos, se dice que esta Sala tiene el criterio reiterado "[...] que es el objeto del proceso el que determina este cauce específico de acceso al recurso de casación, por lo que es únicamente aplicable a los juicios relativos a la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales a que se refiere el art. 53.2 de la Constitución y que hayan sido vulnerados en la realidad extraprocesal (por ello se excluye el art. 24 de CE), de ahí que la previsión normativa contemple en este caso la recurribilidad en casación de las sentencias recaídas en procesos referidos a la tutela civil del honor, intimidad, imagen u otro derecho fundamental, mas no en aquellos atinentes a derechos reales, contratos o cualesquiera otra cuestión civil o mercantil, en los que no cabe utilizar el referido ordinal 1º del art. 477.2 por el simple medio de citar como infringido un precepto constitucional, aunque tenga relación con la materia debatida en el pleito (criterio sostenido en los AATS de 1/6/2004, recurso 367/2004; de 6/7/2004, recursos 563/2004, 393/2004; de 27/7/2004, recursos 697/2004, 513/2004, 439/2004, 701/2004; y de 13/10/2004, recurso 727/2004)" (asimismo, ATC 2/1991, de 14 enero).

Aunque no sea de aplicación, porque el recurso se formuló al amparo de la LEC/2000, resulta conveniente hacer alusión al Acuerdo de esta Sala sobre [criterios de admisión de los recursos de casación y recursos extraordinarios por infracción procesal, formulado en relación a la ley 37/2011](#), de 10 octubre, sobre Medidas de Agilización Procesal, que incluye como causas de inadmisión del recurso de casación "no haberse tramitado para la tutela civil de los derechos fundamentales el proceso en que se dictó la sentencia recurrida (art. 477.2, 1º LEC)".

La causa estaba ya en vigor cuando se formuló el recurso de casación de D^a Visitación, que no debería haber sido admitido, a pesar de la novedad e interés del problema que se plantea en el mismo y que hubiera sido perfectamente posible plantearlo alegando el interés casacional, por fundarse en una norma, el art. 7 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, de Técnicas de reproducción

asistida, modificado por la ley 3/2007 de 15 de marzo, que no llevaba más de cinco años en vigor (art. 477.3 LEC/2000) en el momento de presentarse el recurso.

Esta argumentación implica también la inadmisibilidad del recurso extraordinario por infracción procesal, conforme a la DF 16, 5ª, párrafo segundo LEC cuyos fundamentos, además de no estar fundados en ningún artículo de la Ley procesal, plantean los mismos problemas a que se refiere el anterior razonamiento.

En definitiva, la vía adecuada para que este litigio hubiera podido acceder a la casación no era en virtud del Art. 477.2.2 LEC, sino la del ordinal tercero, en relación con el apartado 3 del mismo Art. 477, por eso, no siendo admisible el recurso de casación, tampoco lo es el extraordinario por infracción procesal y la causa de inadmisión apreciada en este acto, se convierte en razón para desestimar los recursos.

TERCERO. Procede no admitir el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación presentados, por la representación procesal de Dª Visitación formulados contra la SAP de la sección 10ª de Valencia, de 27 enero 2010 .

Deben imponerse las costas del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación.

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

1º Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación presentados por la representación procesal de Dª Visitación formulados contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10ª, de 27 enero 2010, dictada en el rollo de apelación nº 510/2009 .

2º Imponer las costas de ambos recursos a la recurrente.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

- Juan Antonio Xiol Ríos.
- Jesús Corbal Fernández .
- Francisco Marín Castan.
- José Ramón Ferrándiz Gabriel.
- José Antonio Seijas Quintana.
- Antonio Salas Carceller.
- Encarnación Roca Trias.
- Francisco Javier Arroyo Fiestas.
- Román García Varela.
- Xavier O'Callaghan Muñoz.
- Rafael Gimeno-Bayón Cobos .

- Firmado y rubricado. PUBLICACIÓN.- Léida y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMA. SRA. Dª. Encarnación Roca Trias, 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.