



Roj: **ATS 1748/2015 - ECLI: ES:TS:2015:1748A**

Id Cendoj: **28079110012015200573**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **18/02/2015**

Nº de Recurso: **758/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUTO

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Febrero de dos mil quince.

I. HECHOS

Primero.- Esta Sala dictó sentencia en las presentes actuaciones el 15 de enero de 2014 , en cuya parte dispositiva acordó:

«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».

Esta sentencia consta notificada a las partes litigantes.

Segundo.- La representación procesal de Dª María Virtudes , parte recurrida en la casación, presentó escrito promoviendo incidente de nulidad de actuaciones solicitando la nulidad de la indicada sentencia.

Tercero.- Admitido a trámite el incidente se acordó que por el secretario de la Sala se diera traslado para alegaciones a la parte recurrente en casación, Dª Eufrasia , a través de su representación procesal y al Ministerio Fiscal.

Cuarto. - La representación procesal de Dª Eufrasia ha presentado escrito oponiéndose al incidente y solicitando su desestimación con imposición de las costas y de la multa que se considere procedente por temeridad.

El Ministerio Fiscal ha presentado escrito manifestando su conformidad con la admisión del incidente y solicitando su estimación.

HA SIDO PONENTE EL MAGISTRADO EXCMO. D. **Francisco Javier Orduña Moreno**

II. RAZONAMIENTOS JURIDICOS

Primero.- Planteamiento del incidente. La representación procesal de Dª María Virtudes (en lo sucesivo la solicitante), que ha sido parte recurrida en casación, alega como fundamento del incidente de nulidad que ha promovido siete motivos en los que, en síntesis, se efectúan las siguientes alegaciones:



1) En el motivo primero se denuncia la infracción del derecho de tutela efectiva reconocido en el artículo 24 CE, en su aspecto de derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, en concreto una resolución de inadmisión del recurso de casación, y se argumenta que: i) como con toda claridad se expresa en el voto particular a la sentencia cuya nulidad se insta, si la norma con vigencia inferior a cinco años en que se basó la formulación del recurso de casación -que fue el artículo 7 LTRHA- no es la aplicable al caso, ni podía serlo por la irretroactividad de esa Ley, el recurso debió ser inadmitido o, habiéndolo sido, debió ser desestimado en la fase de decisión; ii) en contra del criterio de la sentencia recurrida en casación y sin acudir a la integración del *factum*, en la sentencia cuya nulidad se insta se ha considerado probado el consentimiento de la recurrente al empleo de técnicas de reproducción asistida, deducción con la que se entra en contradicción con lo declarado en la STS de 12 de mayo de 2011, rec. 1334/2008 (dimanante de un proceso anterior seguido entre las mismas partes litigantes) en cuyo fundamento primero, en la relación de hechos probados, se dijo que " *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* ", y además se ha prescindido de un hecho que sí está probado y es relevante para la posesión de estado, como es que la ruptura de la convivencia entre las dos litigantes cuando el niño tenía tres años fue particularmente traumática; se concluye por la solicitante exponiendo que por todas esas razones en la sentencia cuya nulidad se insta se ha prescindido de la técnica casacional, se ha prescindido de la propia doctrina jurisprudencial de la Sala y se provoca indefensión al introducir un hecho relevante como probado cuando no lo está realmente y no tomar en consideración otro hecho que sí está probado.

2) En el motivo segundo se denuncia la infracción del derecho de tutela efectiva porque en la sentencia cuya nulidad se insta la Sala se ha apartado del precedente establecido en la citada STS de 12 de mayo de 2011, rec. 1334/2008, sin motivarlo adecuadamente. En esa sentencia la Sala declaró que " *la reclamante (ahora demandante) no es la madre del menor* ", afirmación que no excluía la filiación como tal pero que sí sirvió para negar un régimen de visitas sobre el menor, excluyendo a la reclamante como madre y calificando su estatus como de allegada, declaración que al haberse realizado en el mismo supuesto de hecho que en el presente litigio produce cosa juzgada positiva y, aunque no fuera así, sería un pronunciamiento incompatible con la sentencia cuya nulidad se insta contrario al principio de seguridad jurídica y vulnerador del derecho de tutela efectiva. Se añade que la referencia que se hace en la citada STS de 12 de mayo de 2011, rec. 1334/2008, para deducir que hubo una unidad familiar proviene de la STEDH de 29 de septiembre de 2007 (caso Wagner y J.W.L. y Luxemburgo) que se refería la vínculo resultante de la adopción menos plena y la afirmación de que existió una unidad familiar entre las litigantes y el hijo biológico de una de ellas no conduce a ninguna parte, ya que lo que se debe establecer es si había un vínculo familiar entre la recurrente y el menor; se continúa exponiendo que, como se dice en el voto particular a la sentencia cuya nulidad se insta, la STS de 5 de diciembre de 2013, rec. 134/2012 no justifica el cambio de criterio respecto a la STS de 12 de mayo de 2011 porque el supuesto es muy diferente al que aquí se examina.

3) En el motivo tercero se denuncia la infracción del derecho de tutela efectiva porque en la sentencia cuya nulidad se insta es incongruente, ya que al resolver la cuestión desde la perspectiva única de la posesión de estado prescinde de la norma que según la propia recurrente justificaba el interés casacional. Hay incongruencia *extra petita* pues al apartarse de la fundamentación jurídica del recurso provoca un cambio de acción, no se trata solo de un cambio de punto de vista jurídico, cuando, además, como ya se ha alegado, no se respetan los hechos probados o no probados en la instancia.

4) En el motivo cuarto se expone que la atribución a dos madres por naturaleza del mismo hijo, cuando, además, la filiación materna por naturaleza de una de ellas consta inscrita en el registro civil no tiene en cuenta el superior interés del menor; a este respecto se argumenta que: i) la sentencia cuya nulidad se insta incurre en error al admitir la existencia de dos filiaciones por naturaleza; ii) si estamos ante una filiación artificial o legal no es posible aplicar las normas del CC sobre la filiación natural entre las que está el art. 131 CC; iii) la atribución a dos madres por naturaleza del mismo hijo, cuando una de ellas está determinada e inscrita en el Registro Civil, contradice el art. 131 CC y es contrario al interés del menor.

5) En el motivo quinto se denuncia que la atribución de dos madres por naturaleza a un mismo hijo es lesiva para el hijo por discriminatoria, con vulneración del art. 24 CE.

6) En el motivo sexto se denuncia que la atribución de dos madres por naturaleza a un mismo hijo vulnera el derecho a la intimidad familiar y personal del menor.

7) Y, finalmente, en el motivo séptimo se denuncia que la atribución de dos madres por naturaleza a un mismo hijo vulnera el derecho del niño a la investigación de la paternidad.

El fiscal, tras exponer que no considera atendibles las alegaciones formuladas en los motivos quinto, sexto y séptimo del escrito promoviendo el incidente, muestra su conformidad con la petición de nulidad de



actuaciones por considerar que se ha vulnerado el derecho de tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 CE, con indefensión de la solicitante y del Ministerio Fiscal, por las razones expuestas en los motivos primero a cuarto de dicho escrito.

La representación procesal de D.^a Eufrasia se ha opuesto al incidente de nulidad alegando, en síntesis, que: i) el incidente es solo una actuación necesaria para poder ir al amparo constitucional que se ha aprovechado por la solicitante para intentar convertir el voto particular en la sentencia, lo que es una utilización improcedente del incidente que debería dar lugar a la implosión de multa; ii) el incidente de nulidad no debería haber sido admitido porque la denuncia de vulneración de derechos fundamentales se fuerza para encajarlos en la pretensión de la solicitante; iii) la pretensión de inadmisión del recurso es extemporánea y además en la sentencia cuya nulidad se insta, como en ella se explica, sí se ha tenido en cuenta la LTRHA en la que se basó el recuso de casación, aunque con el alcance que la propia sentencia explica; iv) no cabe confundir el derecho de tutela efectiva con el derecho a obtener la resolución que al propio litigante le interesa; v) no hay indefensión, no se ha vulnerado la técnica de integración del factum, pues todos los hechos recogidos en la sentencia se encuentran en la sentencia de instancia; vi) la propia sentencia cuya nulidad se insta da respuesta a lo planteado en el motivo tercero, pues la STS de 12 de mayo de 2011 tenía una pretensión muy distinta a la que aquí se insta y no hay cosa juzgada, y en ella no se declara que la recurrente sea la madre del menor porque esto no era la cuestión debatida; vii) la sentencia cuya nulidad se insta no se aparta de la acción ejercitada; en ella consta que lo solicitado fue la fijación de la filiación extramatrimonial por posesión de estado; viii) las alegaciones efectuadas en el motivo cuarto descansan en criterios ideológicos que chocan con la interpretación de la ley conforme a la realidad social en la que debe ser aplicada que establece el art. 3 CC; x) en el motivo quinto se hace una peculiar interpretación del art. 14 CE, pues el fundamento último de la filiación es la protección del menor y lo que garantiza el art. 14 CE es la igualdad de los hijos; xi) la solución a situaciones discriminatorias o vulneradoras de la intimidad no es prohibir a las parejas homosexuales que se casen y tengan hijos, ya que no son los progenitores quienes estigmatizan sino el comportamiento social; y xii) no hay vulneración del derecho del menor a investigar su filiación biológica.

Segundo.- *Ámbito del incidente de nulidad.* Según ha declarado esta Sala (AATS de 6 de noviembre de de 103, recurso nº 485/2012, y de 10 de junio de 2014, recurso nº 2247/2011) en el incidente de nulidad el Tribunal solo puede entrar a considerar si se han producido infracciones de derechos fundamentales, pues tal cuestión es el único objeto posible de dicho incidente que no puede convertirse en un recurso en el que se revise el criterio jurídico aplicado en la resolución cuya nulidad se insta, para evitar que las alegaciones formales de infracción de un derecho constitucional encubran pretensiones de revisión de cuestiones estrictamente de corrección jurídica sin trascendencia constitucional.

Tercero.- *Desestimación del incidente.* El incidente de nulidad debe ser desestimado, en virtud de los siguientes razonamientos.

1) Tanto desde la perspectiva del deber de congruencia como desde el deber de motivación de las sentencias, carecen de fundamento las alegaciones de la solicitante sobre la vulneración del derecho de tutela efectiva, en su aspecto de derecho a obtener una resolución fundada en derecho, basadas en que esta Sala, en la sentencia cuya nulidad se insta, no apreció la existencia de causas de inadmisión.

Si bien es cierto que en fase de decisión es posible, atendido el carácter provisorio del auto de admisión, apreciar la concurrencia de causas de inadmisión que se convierten en causas de desestimación (SSTS de 14 de octubre de 2014 rec. 1935/2013 y 10 de septiembre de 2014 rec. 1443/2012), a lo que no está obligada la Sala una vez admitido el recurso es a motivar en sentencia la inexistencia de causas de inadmisión, salvo que le haya sido planteado por la parte recurrida en el escrito de oposición al recurso, lo que no ha sucedido en este caso en el que ni el fiscal ni la solicitante adujeron en los escritos de oposición al recurso de casación (tampoco en el escrito de personación) la concurrencia de posibles causas de inadmisión.

Por otra parte, la solicitante ni siquiera denuncia una omisión de pronunciamiento que, como se ha visto, no existe; lo que en realidad plantea es que, en su criterio, esta Sala debió dar un contenido distinto a la sentencia y desestimar el recurso por ser inadmisión, planteamiento que -además de introducir una cuestión que no alegó antes de formular este incidente (teniendo dos oportunidades para ello: la comparecencia ante este Tribunal y la oposición al recurso), que por tanto excluye la indefensión- no viene amparado por el derecho de tutela efectiva, pues este no comprende el derecho a obtener una resolución favorable a las tesis de la parte y se satisface mediante el acceso al proceso sin limitación de garantías (SSTC 40/1994, de 15 de febrero, 198/2000, de 24 de julio) y mediante la obtención de una respuesta judicial razonada, motivada y fundada en Derecho (SSTC 220/1993, de 30 de junio; 198/2000, de 24 de julio; 106/2013 de 6 de mayo; 90/2013 de 22 de abril), que la solicitante -y también el Ministerio fiscal y la recurrente en casación- ha obtenido con la sentencia que resuelve el recurso.



2) Tampoco se ha justificado por la solicitante la indefensión derivada de la supuesta alteración en la sentencia cuya nulidad se insta de los hechos probados, en concreto por haberse considerado acreditado el consentimiento de la solicitante a la gestación. Consta en la sentencia de segunda instancia que en la sentencia de primera instancia se ha estimado la existencia de la posesión de estado, entre otras razones, por estar acreditado por la prueba testifical que ambas litigantes decidieron y consintieron el embarazo, y este hecho declarado probado en la sentencia de primera instancia (fundamento jurídico segundo) no fue desmentido ni cuestionado por la sentencia de segunda instancia; cosa distinta es que la Audiencia Provincial no lo tuviera en cuenta para declarar la existencia de posesión de estado; de forma que esta Sala, como se declaró en el fundamento jurídico tercero de la sentencia cuya nulidad se insta, al no compartir el alcance que la Audiencia Provincial dio a los hechos acreditados pero no desmentidos por ella, podía tener en consideración este hecho, máxime si tenemos en cuenta el especial tratamiento que el artículo 752 LEC da a la prueba en los procesos -entre otros- de filiación; a esto no obsta que en la STS de 12 de mayo de 2011, rec.1334/2008 , esta Sala declarara que allí no estaba acreditado si la decisión de la gestación fue tomada por las dos componentes de la pareja, pues esa constatación (solo de falta de prueba) no impide la acreditación de ese hecho, como ha sucedido, en un proceso posterior, el presente).

Por otra parte, la circunstancia de que esta Sala se haya pronunciado sobre la posesión de estado sin dar la relevancia que se pretende por la solicitante al hecho de la ruptura traumática de las litigantes cuando el menor tenía tres años, no significa que en la sentencia cuya nulidad se insta no se haya respetado ese hecho, cosa que solo sucedería si se hubiera partido de un hecho contradictorio con aquel.

3) La denuncia de vulneración del derecho de tutela efectiva basada en que esta Sala no ha motivado las razones por las que se ha apartado en la sentencia cuya nulidad se insta del precedente establecido en la STS de 12 de mayo de 2012 rec.1334/2008 , en la que se dijo " *la reclamante (ahora demandante) no es la madre de la menor* ", lo que, según se alega, tiene efectos de cosa juzgada, carece de fundamento. La STS de 12 de mayo de 2012 rec.1334/2008 -para decidir sobre un régimen de relación personal del menor con la pareja de su madre biológica- constató que dicha pareja no era la madre del menor porque la filiación no se había establecido a la vez que declaraba que existió una unidad familiar entre las dos convivientes y el hijo biológico de una de ellas, y declaró el derecho efectivo del menor a relacionarse con la que fue pareja de su madre biológica como allegada y no como progenitora; de manera que ese hecho que se constata en ella -la no maternidad de la que fue pareja de la madre biológica- solo tenía la función de servir para calificar el tipo de relación personal que debía establecerse, que no podía ser el de progenitora porque no existía determinado legalmente ningún vínculo jurídico. Esas declaraciones no producen efectos de cosa juzgada en el presente proceso de reclamación de la maternidad extramatrimonial por posesión de estado, pues no son sino la constatación de que, cuando se fijó el régimen de relación con el menor, la filiación de este estaba determinada por su madre biológica y por un padre ficticio, lo que en absoluto impedía que se promoviera el presente proceso para fijar esa filiación entonces no establecida; ni siquiera la mención de esa sentencia relativa a que la filiación " *no pudo establecerse dados los requerimientos de la Ley de Técnicas de reproducción Asistida, en su art. 7.2, modificado en 2007* " impedía promover este proceso para reclamar la filiación, pues no hay una sentencia firme dictada en un juicio anterior desestimando esa pretensión.

En consecuencia, no hay defecto de motivación que vulnere el derecho de tutela efectiva porque la parte no pueda conocer las razones por las que la Sala se apartó de un precedente, porque esta Sala no ha entrado en contradicción con precedente alguno y no tenía nada que razonar al respecto, especialmente cuando -de ser como dice la solicitante- bien pudo alegar cosa juzgada en la contestación a la demanda y no lo hizo. Por tanto, la vulneración del principio de seguridad jurídica a la que alude la solicitante solo puede verse desde una lectura inadecuada de ambas sentencias.

4) Tampoco justifica la formulación de este incidente la tesis de la solicitante sobre incongruencia *extra petita* causante de indefensión, por modificación de la acción, lo que se habría producido por la alteración en la sentencia cuya nulidad se insta de los fundamentos jurídicos alegados en el recuso de casación, pues la tesis sostenida en el recurso fue la determinación de la filiación por la constante posesión de estado, en los términos que se han dejado resumidos en el fundamento jurídico segundo de la sentencia cuya nulidad se insta, es más, la recurrente en casación llevó esa petición al suplico mismo del escrito de interposición del recurso, y la ahora solicitante pudo (y de hecho lo hizo) oponerse a la tesis de la recurrente en el escrito de oposición al recurso de casación.

El examen de la motivación de la sentencia de segunda instancia, del planteamiento del recurso de casación y de los escritos de oposición al recurso pone de manifiesto que en la sentencia cuya nulidad se insta no hay alteración de los términos del debate; en todas esas actuaciones el tema jurídico gira sobre el alcance de la LTRHA en el proceso y sobre la posesión de estado como elemento para establecer la filiación materna extramatrimonial de la que fue pareja de la madre biológica del menor, y en ese ámbito esta Sala ha resuelto



dentro de lo solicitado y desde la perspectiva jurídica que en ese marco permite adoptar el principio *iura novit curia*, y no cabe ver indefensión alguna pues no se ha privado a la solicitante ni al fiscal de efectuar -como han hecho- cuantas alegaciones han estimado procedentes en contra de las tesis de la recurrente. No hay, por tanto, una incongruencia vulneradora de alguna de las garantías consagradas en el art. 24 de la Constitución, como son las de contradicción e interdicción de indefensión (AATS de 6 de noviembre de 2011, rec. 485/2012), pues la dimensión constitucional, lo trascendente desde el punto de vista del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (STC núm. 25/2012, de 27 de febrero) es que se haya producido una modificación sustancial del objeto del proceso que provoque indefensión con sustracción a las partes del verdadero debate contradictorio, lo que como se ha dicho no es el caso.

5) Las alegaciones efectuadas en el motivo segundo sobre el alcance de la existencia de unidad familiar que deriva de la STS de 12 de mayo de 2011 en relación con la doctrina de la STEDH de 29 de septiembre de 2007 y las efectuadas en el motivo cuarto no permiten fundamentar un incidente de nulidad, pues solo constituyen la exposición de la discrepancia de la solicitante con el criterio jurídico aplicado por esta Sala; el incidente de nulidad no puede convertirse en un nuevo recurso en el que se revisen supuestas contrariedades a Derecho (ATS de 6 de noviembre de 2013, rec. 485/2012) o se pida al Tribunal que se replantee el tema jurídico resuelto.

6) Las denuncias de vulneración del art. 14 CE por ser la sentencia cuya nulidad se insta discriminatoria para el menor, de vulneración del derecho a la intimidad personal y familiar del menor y de vulneración del derecho del menor a la investigación de su paternidad -como el Ministerio Fiscal ha puesto de manifiesto a pesar de mantener una postura favorable a la estimación del incidente- no pueden ser acogidas, ya que según se advierte de las alegaciones de la solicitante esas supuestas vulneraciones se atribuyen en realidad a una eventual conducta de terceros contra la que se deberá reaccionar, si llega a producirse, con los medios que el ordenamiento jurídico ofrece para dar efectividad a los derechos constitucionales del menor y denunciar su vulneración.

Cuarto.- Costas y petición de imposición de multa. En aplicación del artículo 228.2.II LEC procede imponer las costas del incidente a la solicitante D^a María Virtudes, sin que esta Sala aprecie razones que justifiquen la imposición de multa por temeridad que se ha solicitado por la representación procesal de D^a Eufrasia

Quinto.- Firmeza de este auto. De conformidad con lo previsto en el artículo 208.4 LEC procede declarar que contra este auto no cabe recurso alguno, por aplicación del artículo 228.2. III LEC.

III. PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA

1. Desestimar el incidente de nulidad promovido por la representación procesal de D^a María Virtudes contra la sentencia de 15 de enero de 2014 dictada por esta Sala en el presente rollo.
2. Imponer a D^a María Virtudes las costas del incidente.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, de lo que como Secretario, certifico.