

## **Sentencia del 16 de mayo de 2023 del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil STS 1958/2023**

En esta sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo se decidía sobre un recurso de casación contra una sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid en la que se había decidido sobre la filiación de los 4 hijos que nacieron mediante maternidad subrogada durante la relación de pareja estable que mantuvieron dos hombres. Cada uno de los integrantes de esa pareja tuvo dos hijos biológicos inscribiendo cada padre sus dos hijos biológicos en el Registro Civil y dándole sus apellidos. El demandante ejerció una doble acción de paternidad pretendiendo se reconociera una paternidad no matrimonial de los dos hijos de quien fue su pareja referente a sus dos hijos del que fue él la pareja. Mientras duraba la relación de la pareja la intención era formar una familia junto a estos cuatro menores y criarlos como hermanos. El padre demandante pretendía que el otro padre demandado fuera reconocido también padre de sus hijos biológicos y él fuera reconocido como padre de los hijos biológicos del padre demandado. Respecto a un régimen de comunicación y visitas solicitado subsidiariamente, el Juzgado de Primera Instancia de acorde con la doctrina de la sala, admitió un régimen de visitas y comunicaciones entre sí y con los padres aunque no existieran lazos biológicos. Sus pretensiones en cuanto a la filiación fueron desestimadas tanto en primera como en segunda instancia lo que dio lugar a un recurso de casación frente a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo quien decidió sobre este asunto y de nuevo rechazó lo que pretendía el padre demandante.

Link para leer la sentencia en toda su extensión:  
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/631208f7cbe65839a0a8778d75e36f0d/20230522>

El recurso se fundó en dos motivos que requieren de mayor análisis para comprender la sentencia de la sala del Tribunal Supremo. El primer motivo que se discutió es si la posesión de estado según el art. 131 CC en el caso que se debate presenta un cauce legal para declarar la filiación de los menores del otro padre no biológico.

Art. 131 del Código Civil:

Cualquier persona con interés legítimo tiene acción para **que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado.**

Se exceptúa el supuesto en que la filiación que se reclame contradiga otra legalmente determinada.

¿Debe ser establecida una nueva categoría de filiación para los casos de reproducción asistida? ¿Se debe establecer una filiación basada en las intenciones, la voluntad? ¿Es suficiente la posesión de estado de acorde con el art. 131 del Código Civil para que se declare la paternidad?

El segundo motivo del recurso se basa en una vulneración del interés superior de los menores. Las cuestiones que se plantean son si la convivencia de los progenitores y el plan de formar una familia y la convivencia de los menores y un convenio firmado por los padres para fomentar el contacto entre ellos como si fueran hermanos es suficiente para llegar a declarar la filiación tal y como solicitaba el demandante. ¿La relación fraternal creada por dos padres que no tienen lazos biológicos con todos, es suficiente para declarar la filiación de los menores estableciendo a ambas figuras como progenitores? ¿Qué valor tienen esos lazos afectivos?

La posesión de estado y el interés del menor fueron considerados por el recurrente como suficientes para establecer una filiación del otro padre no biológico.

Una vez más a falta de regulación en el Sistema Español de la filiación en el caso de reproducción asistida este alto tribunal intenta resolver con la legislación existente la solicitud que se establezca una filiación de unos menores nacidos por maternidad subrogada y se cuestiona la filiación por ser padre intencional. Recordemos que la legislación española solo conoce dos títulos de filiación que son la natural y la adoptiva.

Tras la **actualización publicada el 01/03/2023, con entrada en vigor el 02/03/2023**, se modifica por la disposición final 1.2 de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTB el art. 108 del Código Civil y queda redactado de la siguiente forma:

**La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando los progenitores están casados entre sí.**

**La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código.**

La redacción anterior decía que la filiación era matrimonial si el padre y la madre estaban casados. Al existir en España el matrimonio entre cónyuges del mismo sexo con este cambio se ha adaptado la filiación matrimonial a una nueva realidad, pero en el caso de la sentencia que aquí se comenta los progenitores no estaban casados.

Una vez más la realidad social no está prevista en la legislación y el Tribunal Supremo con su jurisprudencia marca la necesidad de que se legisle un nuevo título que de seguridad jurídica a la filiación en estos casos como el que se presentaba en este recurso de casación que desde luego no encaja en las dos opciones.

Es doctrina de la Sala del Tribunal Supremo que el interés del menor no es suficiente para atribuir una filiación. (véase Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero 45/2022) Como en todas las decisiones que afectan al menor, el interés del menor debe ser valorado en abstracto, pero no puede en si mismo ser el motivo por el que se establece la filiación. Siempre se ha valorado en las sentencias del Tribunal Supremo referente a la filiación derivada por la reproducción asistida una “filiación vivida” en la que se manifestaba

constantemente la posesión de estado (en ese sentido las sentencias 740/2013, de 5 de diciembre y 836/2013 de 15 de enero de 2014)

Desde la Instrucción del 5 de octubre de 2010 la Dirección General del Registro y el Notariado en España ( <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2010-15317>) hubiera sido posible haber inscrito los niños como hijos de los dos comitentes si hubieran obtenido una resolución judicial extranjera que los reconociera a ambos como progenitores.

**“Primera** de la Instrucción del 5 de octubre de 2010 de la Dirección General del Registro y el Notariado.–1. *La inscripción de nacimiento de un menor, nacido en el extranjero como consecuencia de técnicas de gestación por sustitución, sólo podrá realizarse presentando, junto a la solicitud de inscripción, la resolución judicial dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido.*”

La sala destaca estar ante una situación bien diferente no siendo una cuestión de reconocer una resolución extranjera de donde nacieran los menores y considera de mucha relevancia que ninguno de los padres prestó el consentimiento para la gestación de los hijos biológicos que no eran suyos por lo que se rechaza la paternidad voluntarista o intencionada. Los cuatro niños nacieron en el extranjero y se practicó la inscripción de cada padre biológico por separado.

Referente a la posesión de estado hay que recordar que la Sentencia del Tribunal Supremo de Pleno 277/2022 estableció que la posesión de estado no es suficiente para afirmar la filiación de la madre comitente y señalando como vía la adopción. En la sentencia analizada el Tribunal Supremo también hace referencia a la adopción para este tipo de asuntos, pero sin embargo los progenitores nunca se pusieron de acuerdo para una adopción.

La Sala declara que la relación socio afectiva de quien fuera la pareja de su padre biológico no es suficiente para establecer una filiación. En esta sentencia se considera que para establecer una posesión de estado es importante valorar todas las circunstancias y en este caso ni se llevó a cabo la gestación subrogada con el consentimiento de la pareja, ni hubo proyecto reproductivo común por lo que se desestiman ambos motivos del recurso de casación y no se establece la filiación por posesión de estado y tampoco por el interés de los menores.

Ana Piernas López

Asociada de Amafi y Aijudefa

Abogada & Rechtsanwältin

Cross-Border Mediator