

# Reclamación de paternidad no matrimonial por posesión de estado de los hijos de la expareja del demandante

Comentario a la STS de 16 de mayo de 2023

**José Ignacio Esquivias Jaramillo**

*Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid (España)*

[jesquivias1959@gmail.com](mailto:jesquivias1959@gmail.com) | <https://orcid.org/0000-0001-8015-8964>

Para que se entienda bien el comentario de esta destacada sentencia del Tribunal Supremo, vamos a concretar el significado de las dos acciones ejercitadas por quien identificamos como progenitor A (actor) y progenitor B (demandado): dos personas (A y B) del mismo sexo que constituyeron pareja estable, en su momento decidieron ser padres por maternidad subrogada. ¡Y así fue: cada uno de dos menores! Dos fueron inscritos a nombre de A y los otros dos a nombre de B, según el material genético respectivo. Lo nuclear del recurso extraordinario por infracción procesal y de casación se sustenta en lo siguiente:

El demandante (A) ejercita una doble acción de paternidad para que se determine, de una parte, que él es el padre no matrimonial de los dos hijos biológicos de quien fue su pareja masculina, y cuya paternidad está inscrita en el Registro Civil. El demandante (A) también solicita que se determine que su expareja (B) es el padre no matrimonial de los dos hijos biológicos del propio demandante, cuya

**Nota:** Véase el texto de esta sentencia en <https://civil-mercantil.com> (selección de jurisprudencia de Derecho civil del 16 al 31 de mayo de 2023).

paternidad está inscrita en el Registro Civil. En las dos instancias se ha desestimado su demanda y sus recursos por infracción procesal y casación van a ser desestimados.

El recurso extraordinario por infracción procesal se sustenta en el inadecuado juicio de racionalidad que hizo –a juicio de la audiencia–, de arbitrariedad, vulnerando las normas que regulan la sentencia; es decir, por el artículo 469.1.4 de la LEC. También porque considera el recurso que la motivación es defectuosa. Por casación se invoca que resulta incorrecto no considerar válida la posesión de estado para reclamar la filiación de los dos hijos de su expareja. Utiliza, por tanto, la vía del artículo 131 del CC, y con vulneración de la jurisprudencia representada por las sentencias de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, 740/2013, de 5 de diciembre (NCJ058138), y 836/2013, de 15 de enero de 2014 (NCJ058277). Finalmente, se dice que se ha vulnerado el interés de los menores (art. 477.2. 3.º LEC y demás preceptos que se relacionan en la sentencia). No entraremos en las medidas que se piden con la demanda ni en la cautelares como subsidiarias.

Pues bien, centrado así el estudio y el comentario, por auto de 2 de noviembre de 2022 se admiten a trámite los recursos y se procede al desarrollo de su contenido y al fallo desestimatorio íntegro de los mismos. Téngase en cuenta que el juzgado de primera instancia había declarado que el artículo 131 del CC permite la legitimación para reclamar la filiación de la expareja, pero no para determinar la filiación, porque, según dice literalmente: «No es tan claro que en la STS de 15 de enero de 2014 (y la cita que en ella se hace de la STS de 5 de diciembre de 2013), en la que se basa la demanda, la posesión de estado sea, más allá de la eficacia legitimadora que le atribuye el art. 131 CC, título de determinación de la filiación», y que dice así: «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». Porque la sentencia en cuestión se refiere, no a la determinación de una filiación con arreglo al derecho español, «sino de dar acceso al Registro Civil de una certificación registral californiana en la que constaba la filiación de dos menores nacidos en California a través de procedimientos de filiación por sustitución y se proclamaba en la misma padres a dos varones casados». Además, se razona que la Ley de técnicas de reproducción asistida, en su artículo 10, indica que la filiación corresponde a los litigantes y a la madre y el artículo 131 del CC, en el segundo párrafo, excluye «el supuesto en que la filiación que se reclame contradiga otra legalmente determinada». Se dice también que no existe certificación registral que proclame a los «litigantes como padres de los cuatro niños».

Que se diga que se ha vulnerado la jurisprudencia que interpreta la norma (art. 131 del CC) a través del recurso de casación es la esencia del recurso de casación por la vía del artículo 477.2.3.º de la LEC, porque, al justificarse en función de la materia hay que probar el interés casacional. Y ya se sabe que dicho interés está contemplado en el párrafo siguiente del precepto. Presenta, por consiguiente, interés casacional cuando la sentencia –en este caso de la audiencia– se oponga a la doctrina del tribunal Supremo. Por ello, procede saber

si la sentencia de la Audiencia, al negar la posibilidad de que la posesión de estado sea determinante de la filiación no matrimonial, contradice la doctrina de esas dos que cita en el recurso. Pues sucede que la falta de interés casacional puede ser una de las causas de inadmisión a trámite del recurso de casación. No es el caso –porque aquí se ha admitido a trámite–, pero conviene advertirlo e ilustrarlo. Y, a este respecto, el Tribunal Supremo tiene dicho en el auto de 28 de abril de 2021, rec. núm. 54/2021:

Además, en el presente caso, al tratarse de un procedimiento seguido en atención a la materia, la sentencia solo es recurrible en casación en base al ordinal 3.º del art. 477.2 LEC, esto es, acreditando la existencia de interés casacional, que consiste en el conflicto jurídico producido por la infracción de una norma sustantiva aplicable al objeto del proceso (que es el motivo del recurso de casación), en contradicción con la doctrina de esta Sala (lo que constituye presupuesto del recurso), por lo que es obvio que ese conflicto debe realmente existir y ser acreditado por la parte.

Asimismo, conviene resaltar que las dos sentencias invocadas por el recurso deben tener una relación con el caso, un caso que viene representado por la legitimación y sobre todo por la reclamación de una filiación extramatrimonial por posesión. Una relación entre las resoluciones de similitud, que no de identidad, pero que se proyecten sobre supuestos similares. Porque no se puede decidir sobre sentencias que contemplen casos distintos, sino relacionados con «el modo en que fue resuelta la cuestión en función de los elementos fácticos y las valoraciones jurídicas de la sentencia de la Audiencia». El ATS (Civil), Sec. 1.ª, de 19 de abril de 2023, rec. núm. 2664/2021 así lo expresa:

Las sentencias citadas en fundamento del interés casacional no se refieren al modo en que fue resuelta la cuestión en función de los elementos fácticos, así como de las valoraciones jurídicas realizadas en la Sentencia a partir de tales elementos, sino que se proyecta hacia un supuesto distinto al contemplado en ella, desentendiéndose por ello del resultado de hecho y de las consecuencias jurídicas derivadas del mismo, de suerte que no estamos sino ante una cita de norma infringida meramente instrumental y, subsiguientemente, ante un interés casacional artificioso y, por ende, inexistente, incapaz de realizar la función de unificación jurisprudencial propia del recurso desde el momento en que responde a una situación distinta de la apreciada por la resolución recurrida, faltando por tanto la acreditación del interés casacional alegado.

Hecha la aclaración anterior, proseguimos con el comentario. La audiencia tampoco cree que sean hechos similares los de la STS núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (NCJ058246) y el caso que se nos presenta. Acude a la STS del Pleno núm. 27/2022, en virtud de la cual se considera que la vía adecuada para la filiación es la adopción, no la posesión de estado. Observa que padres comitentes son los biológicos, pero no uno res-

pecto de los hijos del otro. Que nunca intentaron la reclamación de la filiación cuando eran pareja. Que estuvieron informados de la posibilidad de adopción en su momento. Que en el país de origen (California) no se reconocía en ningún momento la paternidad del otro. Y es curioso, en lugar de acudir a la nulidad del contrato de gestación por sustitución –que parecería lo normal, porque el artículo 10 de la LTRHA la prohíbe– se dice en la sentencia de la audiencia que la razón estriba en que ninguno de los padres biológicos (comitentes) fue parte contractual en el contrato de gestación del otro. Cada uno lo fue del suyo. Pues probablemente bastaría al caso con hacer referencia precisamente a esa nulidad, porque el contenido del artículo es claro: «Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero». En definitiva, la audiencia concluye que «lo que pretende el demandante apelante es reconocer una situación fáctica que no tiene encaje legal ni jurisprudencial y sin que en ningún momento durante la relación de pareja hayan pretendido regularlo legalmente».

Dejamos para la casación el comentario del «interés de los menores» como motivo.

Al analizar el Supremo los recursos por infracción procesal y el de casación, su decisión desestimatoria se justifica por lo siguiente:

Respecto de los motivos de infracción procesal, y empezando por el primero, se desestima la petición de error patente, arbitrariedad y racionalidad ilógica de la sentencia de la audiencia. Se está refiriendo al error en la valoración de la prueba (art. 469.1.4.º LEC). Las sentencias tomadas como referencia por el Tribunal Supremo son: núm. 615/2016, de 10 de octubre; núm. 1069/2008, de 28 de noviembre; núm. 458/2009, de 30 de junio (NCJ050681), y núm. 736/2009, de 6 de noviembre (NCJ051195), todas ellas citadas por la sentencia núm. 333/2013, de 23 de mayo; y la del Tribunal Constitucional núm. 151/2022, de 30 de noviembre (NCJ066400). Con cita de ellas y aplicada su doctrina al caso, la desestimación se produce porque algunas imprecisiones técnicas carecen de relevancia; porque la imputación de delitos que se derivaría de la interpretación de algunos párrafos de la sentencia de la audiencia es una exageración que no se infiere de dicha lectura, y porque no se explica la trascendencia que las imputaciones tienen en la sentencia.

En cuanto al segundo motivo de infracción procesal, que se centra en las normas procesales que regulan la sentencia «por defectuosa motivación, con vulneración del artículo 218.2 LEC, en tanto que la sentencia recurrida realiza una motivación arbitraria, llegando a resultar incoherente, haciendo supuesto de la cuestión». Conviene distinguir entre el proyecto de los padres sobre sus hijos y su voluntad de ser padres de los cuatro y su conducta sobre ellos durante tiempo, con el razonamiento de la sentencia para negar que sirva a los efectos de que la posesión de estado que justifique la filiación se haya producido de manera incongruente o arbitraria. Para ello se acude a frases o párrafos de la sentencia de la audiencia que considera incongruentes con el fallo. Se desestima también este recurso extraordinario por infracción procesal al aplicar la doctrina sobre la mo-

tivación de las sentencias; lo cual supone tener en cuenta también los criterios seguidos para la decisión tomada. Es decir, que al repasar los argumentos o motivos se analizan los criterios jurídicos y la razones que llevan al fallo, para así deducir si la motivación es congruente o incongruente (art. 218 LEC). El Tribunal Supremo nos dice que la decisión de la audiencia de considerar que la situación fáctica que plantea el actor, queriendo obtener la filiación extramatrimonial de los dos hijos del otro progenitor comitente con los argumentos de proyecto, convivencia, voluntad común, falta de adopción, etc., provoca que no tenga encaje legal en España, y eso no es ser incongruente o ilógico, ni la fundamentación jurídica contraviene lo establecido en el artículo 218 de la LEC sobre motivación o incongruencia de las sentencias. Pues se toma como referencia el régimen legal y la interpretación jurisprudencial sobre la determinación de la filiación. Y de ahí que se aluda a la siguiente argumentación de la fiscal: «Como dice la fiscal en su informe, no se aprecia incoherencia o incompatibilidad alguna en la argumentación extractada por el recurrente en la medida que una cosa es el propósito inicial de formar una familia en la que los hijos de ambos serían tratados como hermanos, y otra que esa situación de hecho, que en ningún momento intentaron legalizar, sea suficiente para resolver la reclamación de filiación que se pretende». Los motivos de la decisión tomada se deducen perfectamente de los argumentos de la sentencia: la mera convivencia o la posesión de estado no son títulos que legitimen para el reconocimiento de la filiación. La incongruencia de la sentencia se asienta en algo más que la mera oposición de quien la lee y entiende contraria a la lógica del razonamiento; sus bases están en el absurdo de la reflexión sobre la base fáctica, y no puede haber un supuesto de la cuestión cuando los hechos se modifican a conveniencia o no se interpretan bien precisamente por quien culpa a la sala del error en la interpretación de los hechos.

La segunda parte del comentario se centra necesariamente en las cuestiones sustantivas, en el recurso de casación propiamente dicho. Que se fundamenta en el artículo 477.2. 3.º de la LEC, denunciando «la vulneración del artículo 131 CC, por considerar la sentencia recurrida que la posesión de estado no constituye cauce legal para declarar la filiación pretendida, contraviniendo con ello la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo en las sentencias 740/2013, de 5 de diciembre (NCJ058138), y 836/2013, de 15 de enero de 2014 (NCJ058277)». Como sucede siempre en este tipo de recursos, el interés de ley es lo que lo justifica, porque ha de demostrarse la contravención de la doctrina que interpreta ese precepto. De no ser así, ni siquiera podría ser admitido a trámite –como ya se ha visto antes–. Pero, una vez admitido por auto, ahora procede entrar en el fondo de la cuestión. Téngase en cuenta que debe acreditarse el conflicto entre la norma y la jurisprudencia que la interpreta, y que las dos sentencias citadas se refieran a situaciones análogas o similares que resuelvan casos de la misma naturaleza; es decir, lo que la jurisprudencia dice cuando se refiere a que sean armónicas con el modo en que fue resuelta la cuestión partiendo del supuesto fáctico, así como de las valoraciones jurídicas realizadas. Porque, de lo contrario, el recurso carecería de fundamento y se habría construido artificialmente a partir de la valoración subjetiva de la parte que recurre y de unos hechos diferentes a los declarados por la sentencia de la audiencia.

La lucha del recurso se basa en la reinterpretación de la filiación, aparte de la derivada de la biológica y la adopción, para considerar que es obsoleta, porque hoy día –se sugiere– debe aceptarse una filiación «voluntarista» o «internacional» más acorde con la Ley de técnicas de reproducción asistida. Asimismo, critica que la audiencia haya tomado como referencia una sentencia del pleno –ya citada más arriba–, pues no es aplicable al supuesto de la casación. Alega también que la filiación debe ser voluntarista y que la posesión de estado no solo sirve para reclamar la filiación extramatrimonial natural, sino también aquella. No existe contradicción con otra filiación, porque la madre no debe ser tenida en cuenta, ya que solo consta la filiación paterna. No existe, a su parecer, obstáculo alguno de orden público. Finalmente, recurre al interés del menor como única forma de resolver la situación, ya que no cabe la adopción.

El tribunal resuelve las cuestiones simplificándolas a dos: la posesión de estado y el interés de los menores. Tras desestimar la casación, lo que subyace es algo muy simple: nuestro sistema legal no contempla la posesión de estado como una de las causas de adquisición de la filiación extramatrimonial por voluntad de quien lo pide; es decir, basado en un criterio de «intención» o «voluntarista».

Aun cuando la sentencia no entra a valorar la existencia o no de la posesión de estado, como quiera que la referencia es constante, es conveniente ilustrar sobre los elementos determinantes para considerar su existencia, pues el artículo 133 del CC la contempla. Baste, a estos efectos, con transcribir aquí el contenido de la siguiente STS, Sec. 1.ª, núm. 45/2022, de 27 de enero, rec. núm. 6482/2020 (NCJ065975).

La posesión de estado, al fin y al cabo, se define de la siguiente manera:

De acuerdo con la jurisprudencia, sintetizada por la sentencia 267/2018, de 9 de mayo (NCJ063385), resulta posible la acreditación de la posesión de estado aun en ausencia de alguno de sus tres elementos clásicos (nomen, tractatus, fama). En particular, puesto que se trata de reclamar una filiación extramatrimonial no determinada, no sería exigible el nomen en el sentido estricto de que el niño usara los apellidos de la demandante, pero sí resulta absolutamente imprescindible el tractatus, es decir, actos de atención y asistencia al hijo que comporten el cumplimiento de la función propia de madre, e igualmente es necesario que concurra la fama, una exteriorización constante de la relación de estado, de modo que conformen una apariencia de filiación creada por el ejercicio constante de sus potestades y deberes. Es preciso, por tanto, que consten de manera continua y actual hechos públicos repetidos y encañados de los que resulte el goce público de una relación de filiación. Cuando el art. 131 CC (EDL 1889/1) exige que la posesión de estado sea «constante» no añade nada que no resulte ya del propio concepto de posesión de estado, que requiere un grado de persistencia, actos continuados, reiterados, que en el caso no se dan.

Aclarado lo anterior, seguimos con la sentencia y nos centramos en el interés del menor como causa para legitimar la adquisición de la filiación extramatrimonial por posesión de estado. La sentencia del Tribunal Supremo nos recuerda:

El interés del menor no es causa que permita al juez atribuir una filiación. Es el legislador quien, al establecer el sistema de determinación de la filiación y de las acciones de impugnación y reclamación de la filiación, debe valorar en abstracto el interés superior del menor junto a los demás intereses presentes (la libertad de procreación, el derecho a conocer los propios orígenes, la certeza de las relaciones, la estabilidad del hijo). (SSTS núm. 45/2022, de 27 de enero [NCJ065975] y núm. 558/2022, de 11 de julio [NCJ066227]).

Se añade que no es causa tampoco el hecho de que la determinación así considerada satisface las exigencias de que la patria potestad va a ser ejercida por dos personas, como si este dato fuera de interés fundamental aun cuando el legislador no hay previsto esta posibilidad de atribuir la filiación por la posesión de estado en casos como el presente. El tribunal nos recuerda que ya en un caso similar se denegó la filiación por posesión de estado a una madre de «intención», derivándola a la adopción (Sentencia del Pleno 277/2022, de 31 de marzo [NCJ066013]).

A efectos de fijar la ley española, dos hijos viven en España y los otros dos no puede decirse que tengan una residencia permanente en el extranjero (vienen con frecuencia a España). Por consiguiente, el artículo 9.5 del Código Civil es de plena aplicación. No se cuestiona, por tanto, el derecho español. Por otro lado, no existe inconveniente en el reconocimiento de la filiación de cada padre respecto de cada uno de los dos hijos, porque ya están inscritos en el Registro Civil español por derivación del consular. Pero sucede que la filiación que se pretende no es biológica, y el argumento de la voluntad o intención no vale porque –se insiste– no son padres biológicos, y se detecta, además, algo elemental: que un padre no prestó consentimiento para los hijos del otro y viceversa. En cuanto a la posesión de estado, la afectividad entre los cuatro hijos no es suficiente, la convivencia tampoco; simplemente, no hay amparo legal. El interés de los menores no tiene que ver con la acción que se pretende, sino con un conjunto de criterios para su concesión (la libertad de procreación, el derecho a conocer los propios orígenes, la certeza de las relaciones, la estabilidad del hijo); ni siquiera la mayor estabilidad o mejor situación económica son criterios legales de concesión de filiaciones de esta naturaleza. Sirve como argumento que la vida de la pareja ya está rota y no se comprenden bien los beneficios de la patria potestad compartida de los dos padres respecto de sus cuatro hijos. La exploración a los hijos es importante y su resultado no permite colegir la necesidad de la filiación pretendida. En definitiva, la sentencia de la audiencia es válida, como así la del juzgado de primera instancia, en tanto determina un sistema de comunicaciones generoso, que garantiza el mantenimiento de los vínculos afectivos y de relación entre los cuatro hijos.

Al final, se llega a la conclusión de que no se cuestiona los nuevos modelos de familia, pero la razón legal no puede ser sorteada artificialmente con criterios voluntaristas o de buena intención. No se detecta discriminación alguna por el hecho de que se hayan concedido por técnicas de reproducción asistida, o porque el nacimiento sea por gestación por sustitución en el extranjero, sino –se indica una vez más– porque la cuestión no es legal y

no se conculca el interés del menor. Esa posesión de estado de padre o de familia se advierte, pero no tiene consistencia, ni siquiera se sostiene con el argumento de la estabilidad o la ausencia de conflictos. No existe cobertura legal, la posesión de estado no es aplicable a un supuesto de gestación por sustitución donde el demandante de esa filiación no ha aportado material genético y donde no existe consentimiento de ningún tipo respecto de los otros hijos del otro padre y viceversa.