

Sentencia del Tribunal Supremo 754/2023 (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), de 16 de mayo

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) 754/2023, de 16 de mayo ([RJ 2023/2751](#)), cuyo ponente fue la Excm. Sra. Dña. María Ángeles Parra Lucán, resuelve un supuesto de doble acción: por un lado, la reclamación de filiación no matrimonial de los dos hijos biológicos de quien fue su pareja y, por otro lado, la declaración de paternidad de su expareja de los propios hijos biológicos del demandante.

Al margen de lo mediático de todo el proceso judicial que han seguido los medios de comunicación desde el principio, y que es perfectamente identificable, para los juristas ha sido un caso tremendamente atractivo por la situación jurídica que ha habido que resolver.

Nos situaremos previamente en la historia, donde existe una larga relación de pareja entre dos hombres, que en un momento determinado deciden acudir a la gestación subrogada para ser padres, uno de ellos es padre de dos hijos en marzo de 2011 y el otro miembro de la pareja es padre de otros dos hijos siete meses después (en octubre de 2011); cada uno de los hijos se inscribió con los apellidos del que aportó el material genético, haciendo constar como estado civil del progenitor el de soltero. En 2016 se produce la ruptura de la pareja y los hijos se van con sus respectivos padres biológicos. El 17 de octubre de 2018, uno de los miembros de la pareja solicita en los Juzgados de Pozuelo de Alarcón una doble acción de paternidad, en la que se pretendía que se declarase a ambos varones como progenitores de los cuatro hijos, y que así constase en el Registro Civil español. Tanto el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Pozuelo de Alarcón (sentencia de 26 de octubre de 2020), como el recurso de apelación en la Audiencia Provincial de Madrid (sección 24 bis) en sentencia de 8 de abril de 2022 ([JUR2022/249275](#)) desestimaron las pretensiones principales de la demanda.

El demandante reclamó ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, formulando recurso por infracción procesal y de casación; siendo admitidos ambos, se dicta la sentencia que ahora analizamos. Vamos a intentar desgranar los aspectos más interesantes del recurso de casación, que se articula en dos motivos: el primero de los motivos de casación estima que se ha vulnerado el art. 131 del Código Civil ([BOE-A-1889-4763](#)) porque la sentencia recurrida estima que la posesión de estado no es cauce legal para declarar la filiación que se pretende; y el segundo motivo de casación considera que se vulnera el principio del interés superior del menor, infringiendo el art. 3.1 de la [Convención de Naciones Unidas \(BOE-A-1990-31312\)](#), el art. 2.3 de la LO 1/1996 de Protección del Menor ([BOE-A-1996-1069](#)), el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades ([BOE-A-1979-24010](#)) y los arts. 7 y 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

(DOUE-Z.2010-70003). Para el demandante tanto la posesión de estado como el interés superior de los menores deben llevar a que se declaren las paternidades reclamadas y todo lo que conllevan.

Es conveniente empezar señalando que la regulación de la familia, tal y como la hace el art. 39 CE (BOE-A-1978-31229), supuso un cambio espectacular en la ordenación de esta institución en España (De Torres Perea, J. M. (2009). *Interés del menor y derecho de familia*. Madrid: Iustel). Además, la ausencia de una definición constitucional de la familia se conforma como una posibilidad de adaptación a las nuevas realidades sociales. Por ello, a lo largo de estos años se han ido aprobando leyes que han modificado radicalmente la fisonomía del Código Civil. Nos encontramos, pues, con que en España no se introdujo un modelo de familia que pudiera limitar y encorsetar futuras regulaciones de situaciones convivenciales, a las que se considera dignas de protección. La familia es un grupo humano con una pluralidad de sujetos (dos o más). Limitamos su extensión en función de criterios como la filiación, el parentesco, incluso la relación de afinidad o la adopción. Partiendo de estas nuevas realidades, que cada vez son más numerosas, nos encontramos con una cierta imprecisión en la regulación de la filiación que procede «de que el concepto de la filiación por naturaleza se basa en sus orígenes en una realidad biológica... pero ahora también se basa en ficciones a las que la ley otorga efectos jurídicos» (Pereña Vicente, M. (2012). Autonomía de la voluntad y filiación: los desafíos del siglo XXI. *IUS: revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, (29), 130-149).

Es indudable, en el caso que nos ocupa, que durante los años de convivencia de la pareja existió el propósito de fundar una única familia en la que los hijos fueran tratados como hermanos, no puede hablarse de proyectos paralelos e independientes, así lo reconoce la sentencia; incluso, cuando se produce la ruptura firman un convenio el 27 de julio de 2016, en el que empiezan reconociendo que «ambos decidieron establecer un vínculo común mediante la gestación de cuatro hijos mediante subrogación, con la intención absoluta que de que crecieran como hermanos». El TS no niega que exista posesión de estado, porque es evidente que la hay, pero, constante la relación de pareja y habiendo sido ambos asesorados legalmente en el momento de gestionar el contrato de la gestación subrogada, en ningún momento se intenta regular la situación reclamando la filiación, ni se impulsó la adopción de los hijos del otro y, sobre todo, lo que a mi modo de ver es más decisivo aún, ninguno de los miembros de la pareja intervino ni prestó el consentimiento en el contrato para la gestación de los hijos del otro miembro de la pareja que no eran hijos biológicos suyos; si el recurrente reclama que se reconozca un nuevo tipo de filiación que califica como voluntarista e intencional al amparo de las técnicas de reproducción asistida, filiación en la que el consentimiento es decisivo, en este caso no hubo tal consentimiento; precisa el tribunal: «No se deniega la filiación por la nulidad del contrato de gestación subrogada conforme al art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo (BOE-A-2006-9292), sobre técnicas de reproducción humana asistida, sino porque ninguno de ellos fue parte en el contrato firmado por el

otro». Sigue la sentencia exponiendo que la filiación no matrimonial por posesión de estado está pensada por el legislador para reclamar la filiación biológica que el otro progenitor niega; en el caso que nos ocupa, la posesión de estado se pretende que se interprete tanto como requisito de legitimación como de prueba sobre el fondo de la cuestión suscitada, y ello porque «no se pretende que se declare judicialmente la existencia de un título de legitimación, sino la realidad misma de la filiación que se reclama». Por estos y otros tantos razonamientos, considera el Tribunal que la posesión de estado no es título suficiente para la determinación de la filiación, salvo que se prevea expresamente en las leyes.

El interés superior del menor es, indudablemente, un criterio decisivo a la hora de resolver los asuntos en los que están implicados los niños, pero, como muy bien señala el Tribunal, el interés del menor no puede amparar decisiones contrarias a la legalidad vigente. No entraremos en la necesidad de legislar en el ámbito internacional y nacional de cada Estado, evitando quizá de esta manera una contrariedad de los intereses de los niños que nacen acudiendo a la gestación por subrogación —en España es contraria al orden público, pero no lo es en otros Estados, fomentando de esta manera la mercantilización como se establece en la STS de Pleno 277/2022, de 31 de marzo (RJ 2022/1190)—. En este sentido, el voto concurrente en la Sentencia del TEDH de 24 de marzo de 2022, caso A.M. v. Norway (Application no. 30254/18) señala que «cuando se acude a un acuerdo de gestación por subrogación en un país extranjero por no ser legal en el propio se entra en lo que se califica de viaje precario respecto del que los Estados no pueden ser responsables pero que en ocasiones convierte a los menores en víctimas de proyectos parentales bien intencionados pero desesperados». Siendo esto así, desde luego que el interés de los cuatro niños hubiera sido el mantenerse juntos, pero este interés no es la única causa para fijar una filiación sin apoyo legal, ni jurisprudencial. Aunque en ocasiones es necesario conceder ciertos efectos para proteger el derecho a la vida familiar y evitar la desprotección de los menores, en el caso que nos ocupa no existe en los menores ninguna incertidumbre ni inseguridad jurídica por indeterminación de su filiación o nacionalidad porque ambas están determinadas. Mantiene el demandante que la convivencia como hermanos debería consolidarse mediante la determinación judicial de las paternidades que se reclaman y mantener, en interés de los niños, la situación fáctica que se había creado, a lo que el Tribunal responde que ni la convivencia anterior ni el interés superior del menor justifican que se puedan establecer unas paternidades que carecen de cobertura legal. El vínculo de los niños entre sí y con la pareja de su padre biológico (respectivamente) no es título para establecer vínculo legal de filiación, para estos supuestos el ordenamiento jurídico establece el cauce de la adopción, que no se ha querido seguir. Concluimos con el Tribunal que la pretensión de determinar la doble paternidad pretende crear una situación jurídica con sus derechos y obligaciones que no ha existido nunca, el no reconocimiento de la filiación pretendida no priva a los menores de sus derechos ni afecta a su identidad. Atendiendo a todas estas circunstancias la opción más adecuada es

seguir manteniendo vínculos con todos aquellos a los que les une una relación afectiva, mediante un amplio régimen de visitas, estancias y relaciones, más allá de las que se fijan para los meros allegados (Díaz Alabart, S. (2003). El derecho de relación personal entre el menor y sus parientes y allegados. *Revista de derecho privado*, (87), 345-371); sistema en el que los menores se encuentran a día de hoy sin problema.

Carmen Rosa IGLESIAS MARTÍN
Profesora permanente laboral
Área de Derecho Civil
Universidad de Salamanca
carmela@usal.es