

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ067165

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 351/2024, de 11 de marzo de 2024

Sala de lo Civil

Rec. n.º 6158/2022

SUMARIO:

Reclamación de filiación no matrimonial con existencia de posesión de estado. Demanda interpuesta por quien fuera pareja de la madre del niño nacido mediante técnicas de reproducción asistida con semen de donante anónimo.

La doble maternidad no matrimonial, conforme al nuevo art. 120.1º CC, requiere la **declaración conforme realizada por la madre no gestante** en el momento de la inscripción del nacimiento en el correspondiente formulario oficial a que se refiere la legislación del Registro Civil. Y conforme al nuevo art. 44.4.III.b) LRC, para la inscripción de tal filiación es preciso que no exista controversia y que se cumplan, además, las condiciones previstas en la legislación civil para su validez y eficacia, es decir, que conforme al art. 124 CC se cuente con el consentimiento expreso del representante legal del menor (o la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal y del progenitor legalmente conocido).

En el caso resulta poco creíble que, aun de estar en vigor la nueva ley, que no lo estaba, hubiera tenido lugar la **determinación extrajudicial de su maternidad** en el momento de practicar la inscripción del nacimiento, para lo que necesitaría el consentimiento de la madre quien, días antes del nacimiento de su hijo procedió a otorgar testamento en el que, para el caso de que le sucediera algo, designa tutora a su madre, abuela del niño, y descarta a la demandante por considerar que no estaba capacitada para compartir la maternidad de su hijo.

La Ley 4/2023, de 28 de febrero, ha introducido también en el art. 44.6 LRC (de conformidad con el nuevo art. 124.II CC) el reconocimiento en cualquier tiempo, después de la inscripción del nacimiento, como título de determinación de la doble maternidad, pero dada la aplicación del régimen del reconocimiento, en atención a la relación entre las litigantes, resulta obvio que la demandante no cuenta con el **consentimiento de la madre** demandada.

PRECEPTOS:

Código Civil, arts. 120, 124, 131, 176.2.2.^a y 177.2.2.^o.

Ley 14/2006 (Técnicas de reproducción humana asistida), art. 7.3. .

Ley 20/2011 (Registro Civil), art. 44.

PONENTE:

Doña María de los Ángeles Parra Lucan.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 351/2024

Fecha de sentencia: 11/03/2024

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 6158/2022

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 05/03/2024

Ponente: Excm. Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE PALMA DE MALLORCA. SECCIÓN 4.^a

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora Carmen Garcia Alvarez

Transcrito por: LEL

Nota:

CASACIÓN núm.: 6158/2022

Ponente: Excm. Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora Carmen Garcia Alvarez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

SENTENCIA

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente
D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán
D. José Luis Seoane Spiegelberg
D. Antonio García Martínez

En Madrid, a 11 de marzo de 2024.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D.^a Milagrosa, representada por la procuradora D.^a Antonia María Campins Fiol, que fue sustituida por D.^a Samantha Meade-Newman Whittington, y bajo la dirección letrada de D. Monserrate Santandreu Sánchez y D.^a Paloma, contra la sentencia n.º 299/2022, de 9 de junio, dictada por la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca en el recurso de apelación n.º 930/2021, dimanante de las actuaciones sobre filiación n.º 219/2021 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Manacor. Ha sido parte recurrida D.^a Teodora, representada por el procurador D. Albert Company Puigdemivol y bajo la dirección letrada de D.^a María Antonia Fuster Ballester. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. *Tramitación en primera instancia.*

1. D.^a Teodora interpuso demanda de juicio declarativo de reclamación de filiación no matrimonial con existencia de posesión de estado, contra D.^a Milagrosa, en la que solicitaba se dictara sentencia que declare:

"la filiación pretendida, comunicando la resolución judicial firme a Registro Civil y otros Registros públicos que correspondan, a fin de ordenar que tras el nombre del menor figure el primer apellido del demandado (sic) y el segundo de mi representada, realizando cualquier otra rectificación que sea necesaria en el acta de nacimiento; imponiendo las costas procesales a este último, con expresa declaración de temeridad y mala fe".

2. La demanda fue presentada el 16 de marzo de 2021 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Manacor, fue registrada con el n.º 219/2021. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3. El Ministerio Fiscal se personó en el procedimiento y contestó a la demanda, oponiéndose a la misma.

4. D.^a Milagrosa contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación íntegra de la demanda con expresa condena en costas a la actora por su temeridad y mala fe.

5. Tras seguirse los trámites correspondientes, la Juez del Juzgado de Primera Instancia de Manacor n.º 1 dictó sentencia de fecha 1 de septiembre de 2021, con el siguiente fallo:

"Que debo estimar y estimo íntegramente la demanda interpuesta por D. Albert Company Puigdemí, procurador de los Tribunales, en nombre y representación que ostento de Doña Teodora, y bajo la dirección Letrada de Doña María Antonia Fuster Ballester, frente a, Doña Milagrosa, representada por la Procuradora de los Tribunales Antonia María Campins Fiol, y asistida de los Letrados Doña Paloma y Don Monserrate Santandreu Sánchez, y en consecuencia:

"1- Debo declarar y declaro que, Doña Teodora es junto con Milagrosa, madre extramatrimonial por posesión de estado del menor Hilario, procediéndose a efectuar en el registro Civil competente la inscripción de dicha filiación no matrimonial en la inscripción de nacimiento del menor Hilario, con todos los efectos legales inherentes, haciendo constar como progenitor A, madre a, a doña Milagrosa, y como progenitor B, madre B, a doña Teodora y, como primer apellido del menor Julio y, como segundo apellido, Landelino.

"2- Se condena en costas a la demandada".

Segundo. *Tramitación en segunda instancia.*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D.^a Milagrosa.

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, que lo tramitó con el número de rollo 930/2021 y, tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 9 de junio de 2022, con el siguiente fallo:

"Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la demandada Milagrosa, contra la sentencia de fecha 1 de septiembre de 2021, dictada por el juzgado de primera instancia número 1 de Manacor, SE CONFIRMA la misma en todos sus extremos, todo ello sin que proceda hacer declaración en cuanto a las costas".

Tercero. *Interposición y tramitación del recurso de casación.*

1. D.^a Milagrosa interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2, ordinal tercero, de la LEC, al presentar el recurso interés casacional por cuanto que la sentencia recurrida incurre en infracción de los artículos:

"-131 del Código Civil

"- Artículo 7.3 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida 14/2006.

"Segundo.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2, ordinal tercero de la L.E.C. se denuncia la infracción del principio general del interés del menor proclamado en la Ley 26/2015, Ley 26/2015 de 28 de Julio, de Protección de la Infancia y a la Adolescencia, dado que en el caso no se ha aplicado dicho principio que pondera la paz social del menor y la seguridad jurídica de su estado civil.

"Tercero.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2, ordinal tercero de la L.E.C. se denuncia la infracción del artículo 131 C.C., por considerar que la sentencia ahora recurrida acredita la "posesión de estado", que requiere actos continuados y constantes de asistencia económica y personal, lo que es particularmente exigido por la Jurisprudencia y además conecta con el interés del menor".

2. Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta sala y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta sala y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 20 de septiembre de 2023, cuya parte dispositiva es como sigue:

"LA SALA ACUERDA:

"Admitir el recurso de casación interpuesto por doña Milagrosa, contra la sentencia dictada con fecha 9 de junio de 2022, por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección 4.ª, en el rollo de apelación n.º 930/2021, dimanante de los autos sobre acción de filiación n.º 197/2021, del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Manacor".

3. Se dio traslado a la parte recurrida y al Ministerio Fiscal para que formalizaran su oposición al recurso de casación, lo que hicieron mediante la presentación de los correspondientes escritos. El Ministerio Fiscal interesó la estimación parcial del recurso.

4. Por providencia de 2 de febrero de 2024 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 5 de marzo de 2024, fecha en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. *Resumen de antecedentes.*

El procedimiento tiene su origen en una demanda de "reclamación de filiación no matrimonial con existencia de posesión de estado" interpuesta por quien fuera pareja de la madre del niño nacido mediante técnicas de reproducción asistida con semen de donante anónimo. En las dos instancias se ha estimado la demanda, recurre en casación la madre y su recurso va a ser estimado.

Son antecedentes necesarios los siguientes.

1. El 16 de marzo de 2021, Teodora interpuso demanda de juicio verbal frente a Milagrosa, la madre biológica de Hilario, nacido el NUM000 de 2019 mediante técnicas de reproducción asistida con semen de donante anónimo. La actora reclamaba que quedara determinada la filiación materna del niño respecto de ella por posesión de estado.

2. El juzgado de primera instancia estimó la demanda y, recurrida la sentencia en apelación por la madre biológica, la Audiencia Provincial confirmó la sentencia del juzgado.

3. La sentencia de la Audiencia Provincial reconoce la filiación extramatrimonial a favor de la demandante con apoyo en la voluntad de maternidad conjunta de las partes litigantes, unida a la posesión de estado de la actora como madre del hijo y al interés del menor en mantener la vinculación afectiva y relación con la mujer con la que su madre biológica consintió su concepción como madre y convivió hasta la ruptura, comportándose y tenida en consideración pública como madre, primero del embrión y luego del niño.

4. Milagrosa interpuso recurso de casación por interés casacional contra la sentencia de la Audiencia Provincial.

Segundo. *Recurso de casación. Planteamiento de los motivos.*

El recurso de casación interpuesto por la demandada se funda en tres motivos.

1. En el primer motivo se denuncia la infracción de los arts. 131 CC y 7.3 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA).

Se alega que, conforme al art. 7.3 LTRHA, solo es posible determinar la filiación de una segunda mujer cuando exista previamente un vínculo matrimonial y no exista separación legal o de hecho, y que en el caso las partes no contrajeron matrimonio. Se señala también que la sentencia recurrida contradice la sentencia 45/2022, de 27 de enero, que se ocupó de un supuesto similar, y que no cabe invocar la posesión de estado para justificar en virtud del art. 131 CC una filiación para la que el ordenamiento jurídico compele al necesario consentimiento de la mujer cumplidos los requisitos establecidos por el art. 7 LTRHA.

2. En el segundo motivo se denuncia la infracción del principio general del interés del menor proclamado en la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Protección de la Infancia y la Adolescencia, dado que en el caso no se ha aplicado dicho principio que pondera la paz social del menor y la seguridad jurídica de su estado civil. Cita las sentencias 441/2016, de 30 de junio, 267/2018, de 9 de mayo, y 522/2019, de 8 de octubre.

Alega que la sentencia no detalla los beneficios que supondría para el niño la estimación de la demanda y que por el contrario se basa principalmente en el interés de la demandante. Se dice que no ha quedado acreditado, más allá de la convivencia, ningún tipo de afinidad, cariño o interés del menor por la actora y que no existe contacto con el hijo desde hace más de año y medio.

3. En el tercer motivo se denuncia la infracción del art. 131 CC por considerar que la sentencia considera acreditada la posesión de estado, que requiere actos continuados y constantes de asistencia económica y personal,

lo que es particularmente exigido por la jurisprudencia, y además conecta con el interés del menor (cita las sentencias 267/2018, de 9 de mayo, y 522/2019, de 8 de octubre).

En el motivo se alega que los hechos declarados probados no permiten valorar la existencia de una posesión de estado verdadera, constante y persistente en el tiempo con suficiencia y entidad, pues para ello se requiere de la presencia de hechos públicos repetidos y encadenados de los que resulte el goce público de una relación de filiación, y a falta de esa posesión de estado la actora carecería de legitimación para interponer la acción de filiación.

Se señala que la sentencia valora la relación de pareja de 2017 a 2020, el compartir gastos a través de la apertura de una cuenta corriente, la elucubración de planes de boda y la concordancia en someterse a técnicas de reproducción asistida, la asistencia de la actora al parto y la existencia de testigos que manifestaron que la actora actuaba y se reconocía como madre del menor. Y se dice que en atención a la brevedad de la convivencia de la actora con el menor (de escasamente un año y medio, desde su nacimiento y hasta la ruptura) y a las circunstancias concurrentes, no se puede hablar con entidad y fuerza suficiente para conformar una relación de maternidad. Se insiste en que ni se ve ni se ha explicado en las sentencias de instancia qué tipo de beneficio se reportaría para el menor y su estabilidad personal y familiar, la creación por una sentencia de una relación jurídica que no se basa en ningún vínculo biológico y que para nada preserva una continuada y vivida relación materno filial de la actora con el menor, quien desde su nacimiento, hace ya más de tres años, es cuidado única y exclusivamente por su madre, y carece de cualquier tipo de vínculo, recuerdo o afecto con la actora.

Tercero. Oposición de la recurrida.

La parte recurrida se opone al recurso de casación señalando que adolece de una defectuosa técnica casacional, pues se altera la base fáctica y se pretende la revisión de cuestiones sobre valoración de la prueba sin que se haya interpuesto recurso por infracción procesal. Alega que la sentencia recurrida es conforme a la jurisprudencia citada por la recurrente por cuanto según la sentencia recurrida hay posesión de estado, está claramente acreditada la voluntad conjunta de ambas mujeres de recurrir a las técnicas de reproducción asistida, de ser madres, así como la existencia de una posterior unidad familiar entre las dos convivientes y el hijo biológico de una de ellas, investido por el interés moral o familiar plenamente legitimado en su aspiración a ser madre. Señala también que hubo voluntad de casarse, aunque no se materializó el matrimonio por la ruptura prematura de la relación.

Añade que la nueva "Ley trans" (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 LGTBI) ha cambiado el paradigma en este ámbito al admitir la doble maternidad aunque las mujeres lesbianas no estén casadas, de modo que en el caso, conforme a esta nueva ley, su maternidad habría quedado establecida.

Cuarto. Dictamen del Ministerio Fiscal.

Tras una síntesis de la doctrina contenida en las sentencias 754/2023, de 16 de mayo, 267/2018, de 9 de mayo, 558/2022, de 11 de julio, y 45/2022, de 27 de enero, el informe del fiscal explica las razones por las que considera que en este caso no se dan los requisitos de la jurisprudencia para la estimación de la demanda.

El Ministerio fiscal considera que la sentencia recurrida no se basa solo en el consentimiento de la demandante, sino que lo ha puesto en relación con la posesión de estado. Sin embargo, interesa la estimación de los motivos segundo y tercero del recurso por entender que no concurre la posesión de estado en el sentido que es exigido por la jurisprudencia. En particular, el fiscal discrepa de la afirmación de la Audiencia de que la existencia de una voluntad de maternidad compartida atenúe la intensidad de la posesión de estado requerida. Además, considera que la ponderación del interés del menor tampoco conduce a que quede determinada la filiación.

Quinto. Admisibilidad del recurso.

Los tres motivos del recurso se dirigen a impugnar la estimación de la acción de reclamación de maternidad por entender que no es conforme con la legislación (art. 131 CC y art. 7 LTRHA, y principio general del interés del menor proclamado en la Ley 26/2015, de 28 de julio) ni con la doctrina de la sala (sentencias 45/2022, de 27 de enero; 441/2016, de 30 de junio, 267/2018, de 9 de mayo, y 522/2019, de 8 de octubre; 267/2018, de 9 de mayo, y 522/2019, de 8 de octubre).

De esta forma, con cita de los preceptos legales oportunos y de la jurisprudencia de esta sala para acreditar el interés casacional, en el recurso no se cuestiona la base fáctica de la sentencia, sino su valoración jurídica a efectos de conformar los presupuestos para la estimación de una acción que lo que pretende es que quede determinada judicialmente una maternidad que no se corresponde con la verdad biológica, así como la valoración del interés del menor en que quede determinada tal filiación.

Se trata, por tanto, contra lo que alega la parte recurrida, de cuestiones jurídicas susceptibles de ser revisadas en el recurso de casación que en este caso, además, de acuerdo con la doctrina de la sala, que exponemos a continuación, va a ser estimado.

Sexto. Marco normativo vigente y su interpretación jurisprudencial.

Para la resolución del recurso debemos partir del marco normativo vigente y su interpretación jurisprudencial, de acuerdo con la síntesis efectuada en las sentencias 45/2022, de 27 de enero, y 558/2022, de 11 de julio.

1. La Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, en su redacción original no se ocupó de la doble maternidad y la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, adicionó un apartado 3 al art. 7 de la Ley 14/2006 para permitir la doble maternidad legal sin adopción. Conforme al art. 7.3 de la Ley 14/2006:

"Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido".

De esta forma se creó un nuevo título de determinación de otra maternidad, además de la maternidad por naturaleza, pero sometido a estrictos requisitos formales, pues se requería además del matrimonio con la madre (no separada legalmente ni de hecho), la manifestación por la no gestante del consentimiento previo al nacimiento y ante el Encargado del Registro Civil, de que cuando naciera el hijo de su cónyuge se determinara su filiación respecto del nacido.

2. Las sentencias de esta sala 740/2013, de 5 de diciembre, y 836/2013, de 15 de enero de 2014, flexibilizaron los requisitos formales y temporales de esta regulación. Asumiendo los planteamientos flexibilizadores de los requisitos formales y temporales de esta jurisprudencia, la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, modificó el art. 7.3 de la Ley de técnicas de reproducción humana asistida. Conforme a la nueva redacción, vigente desde el 15 de octubre de 2015, dispone el art. 7.3 de la ley:

"Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge".

La misma Ley 19/2015 modificó el art. 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil que, en su apartado 5 (hasta la reforma por 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 LGTBI), por lo que interesa aquí, declaraba:

"También constará como filiación matrimonial cuando la madre estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer y esta última manifestara que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge".

Esta regulación, más flexible que la anterior, ha suscitado sin embargo nuevos problemas de interpretación y aplicación, como los referidos al plazo para la declaración, la posibilidad para hacerlo desde el centro sanitario, o la necesidad de aceptación de la comaternidad por la madre.

3. Sobre la voluntad de ser madre, o el proyecto de formar una familia, la sentencia 45/2022, de 27 de enero, en un caso en el que las sentencias de instancia que estimaron la acción de reclamación de maternidad habían valorado de forma decisiva la existencia de un proyecto común de las litigantes de formar una familia que se habría manifestado en la prestación de consentimiento en la clínica y en los actos inmediatamente posteriores al nacimiento, declara: "ciertamente, en nuestro sistema, el consentimiento de la esposa de la madre es esencial en la determinación extrajudicial de una doble maternidad en el ámbito de la filiación derivada de técnicas de reproducción asistida cuando se presta con los presupuestos y requisitos legales, pero de acuerdo con la doctrina de la sala no es suficiente cuando lo que se ejercita es una acción de reclamación de filiación por posesión de estado".

4. Sobre la posesión de estado, de acuerdo con la jurisprudencia de la sala, en el recurso de casación puede impugnarse la valoración jurídica realizada por la sentencia recurrida acerca de si los hechos probados son o no constitutivos del concepto jurídico de posesión de estado.

La posesión de estado tiene un componente fáctico, los hechos probados a partir de los cuales el tribunal valora jurídicamente si existe o no la posesión de estado. Este dato justifica que pueda impugnarse la afirmación por el tribunal de instancia de la posesión de estado de filiación por vía de los dos recursos: en el recurso por

infracción procesal puede impugnarse error en la valoración de la prueba de los hechos que integran los diversos elementos de la posesión de estado (nomen, tractatus, fama) y en el recurso de casación puede impugnarse la valoración jurídica de esos hechos, es decir, si los hechos probados son o no constitutivos del concepto jurídico de posesión de estado (sentencias 45/2022, de 27 de enero, y 267/2018, de 19 de mayo).

De acuerdo con la jurisprudencia, sintetizada por la sentencia 267/2018, de 19 de mayo, 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 concorra 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 encadenados de los que resulte el goce público de una relación de filiación.

La sentencia 45/2022, de 27 de enero, descarta la posesión de estado atendiendo a la brevedad de la convivencia (el niño nació en NUM001 de 2014 y la convivencia cesó en octubre de 2015) y a los actos posteriores a la separación, pues los contactos de la demandante fueron esporádicos y más propios de amistad con la madre que de relación de maternidad con el niño, no solicitó medidas personales y patrimoniales respecto del niño en el procedimiento de divorcio, ni asumió sus necesidades ordinarias y diarias con los requisitos de constancia y exteriorización que se precisan.

La sentencia 558/2022, de 11 de julio, consideró que no comportaban una realidad integradora de la posesión de estado de quien como madre asume las necesidades ordinarias y diarias de sus hijos, con los requisitos de constancia y exteriorización que se precisan, las contradicciones de la demandante, que no intentó en su momento la determinación de la filiación por las vías legales disponibles, ni asumió gastos del menor, porque según dice no se le pidieron e, incluso, cuando ejercita la demanda y acumula la petición de custodia compartida o subsidiaria de visitas no solo no ofrece pagar alimentos sino que se opone a la petición subsidiaria de la madre de que los preste con el argumento jurídico formal de que no era el momento procesal oportuno.

5. Sobre el interés del menor, la sentencia 48/2018, de 7 junio, ha reiterado, siguiendo una jurisprudencia anterior, que tiene aspectos casacionales (sentencia 614/2009, de 28 de septiembre) y no se trata a través de este cauce de cuestionar la valoración de la prueba ni de atacar los hechos, sino de revisar la valoración que de este interés hace la sentencia recurrida a partir de los hechos que han quedado probados.

La determinación del mayor beneficio para el menor, al tratarse de la valoración de una calificación jurídica, puede ser, en definitiva, objeto de una revisión en casación (sentencias 384/2005, de 23 de mayo, y 614/2009, de 28 de septiembre). La interdicción del nuevo examen de la prueba en casación se mantiene, y solo cuando se haya decidido sin tener en cuenta dicho interés, podrá esta sala examinar las circunstancias más adecuadas para dicha protección.

En las sentencias 45/2022, de 27 de enero, 558/2022, de 11 de julio, y 754/2023, de 16 de mayo, dijimos que no puede darse por supuesto que el superior interés del menor quede mejor tutelado por el hecho de que, como consecuencia de la estimación de una demanda de filiación, el cumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad vaya a recaer en dos personas. Desde ese punto de vista todas las acciones de reclamación de paternidad y maternidad respecto de menores deberían ser estimadas, aunque no se dieran sus presupuestos legales y jurisprudenciales.

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).

Sin embargo, partiendo de lo anterior, en casos de filiación derivada de técnicas de reproducción asistida, esta sala ha valorado que el interés del menor concreto a que se referían los litigios que se juzgaban quedaba mejor protegido por la determinación legal de una doble maternidad, convirtiendo en legal una filiación vivida manifestada por constante posesión de estado. En este sentido, las sentencias 740/2013, de 5 de diciembre, y 836/2013, de 15 de enero de 2014, admitieron, a la vista de las circunstancias, que prosperaran acciones judiciales de reclamación de maternidad, valorando de manera conjunta la existencia de un proyecto reproductivo en común de las dos mujeres, la posesión de estado como madre de la demandante y el interés en juego de los menores en preservar la relación con una persona a la que tenían como madre.

En el caso que juzgó, en cambio, la sentencia 45/2022, de 27 de enero, consideró que no se apreciaba el beneficio que reportaría para la estabilidad personal y familiar del niño la creación por sentencia de una relación jurídica no basada en un vínculo biológico y que no preservaba una continuada y vivida relación materno filial de la demandante con el niño, que desde hace años era cuidado exclusivamente por su madre.

En el supuesto de la sentencia 558/2022, de 11 de julio, se consideró improcedente y contrario al interés del menor que, tras no haber quedado determinada la filiación por el cauce legal previsto para ello, se estimara una

acción de reclamación judicial cuando no solo no resultaba de una constante relación de maternidad vivida, sino que además era contraria a la voluntad, los deseos, sentimientos y opiniones de un menor ya adolescente, a quien debía reconocerse su derecho a participar en las decisiones progresivamente, en función de su edad, madurez y desarrollo.

Séptimo. Decisión de la sala. Estimación del recurso de casación.

La aplicación al caso de la doctrina de la sala conduce a que el recurso de la madre deba ser estimado y, al asumir la instancia, la demanda de reclamación de maternidad extramatrimonial por posesión de estado interpuesta por quien fuera su pareja, desestimada, tal como explicamos a continuación.

1. En el caso, la maternidad por naturaleza de Milagrosa respecto de Hilario quedó determinada por el parto, pero no quedó determinada respecto de quien entonces era su pareja, Teodora. Para que hubiera quedado determinada la filiación a favor de Teodora hubiera sido preciso, con arreglo al derecho vigente aplicable, bien la adopción (para lo que hubiera necesitado el asentimiento de Milagrosa, conforme al art. 177.2.2.º CC, sin propuesta previa de la entidad pública, art. 176.2.2.º CC), bien que Milagrosa y Teodora hubieran contraído matrimonio, no estuvieran separadas legalmente o de hecho, y Teodora manifestara que consentía en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de Milagrosa conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil (art. 7.3 LTRHA y art. 44.5 LRC 2011, redactados por la Ley 19/2015, de 13 de julio). En el caso no se produjo la adopción, ni la filiación quedó determinada conforme a la ley de técnicas de reproducción asistida, lo que tampoco hubiera sido posible porque Milagrosa y Teodora no contrajeron matrimonio.

Tras la ruptura de la pareja, Teodora ejercita una acción de reclamación de la filiación extramatrimonial por posesión de estado que ha sido estimada en las dos instancias.

2. La sentencia recurrida, con cita de las sentencias 740/2013, de 5 de diciembre, y 836/2013, de 15 de enero de 2014, declara:

"La atribución judicial de la filiación extramatrimonial a una mujer homosexual, tras la ruptura de una relación de pareja con otra mujer, de un niño nacido por reproducción asistida de un óvulo de esta última fecundado con semen de un donante anónimo, resulta factible y jurisprudencialmente se admite con fundamento en la existencia de una voluntad procreacional conjunta, libre y voluntaria de tener un hijo en común, unida a la posesión de estado, esto es, a la situación de hecho en virtud de la cual la madre no biológica se comporta y es tenida por la familia y terceros, durante un cierto tiempo de modo ostensible, como madre con actos exteriorizadores que lo patentice y evidencien, si bien es de significar que la existencia de esa voluntad de maternidad compartida atenúa la intensidad de dicha posesión de estado.

"Esta posibilidad de atribución de la maternidad entre parejas femeninas del mismo sexo, que se asienta en precedentes de la Sala primera del TS (STS 608/14 y 740/13) que interpretan el artículo 131 del CC, en relación con el artículo 7.3 de la Ley de reproducción asistida, tiene por objeto evitar la discriminación que se produce respecto de las parejas femeninas del mismo sexo que estando casadas y no separadas pueden acudir a la posibilidad que concede el artículo antes citado, que permite la inscripción del nacimiento del hijo de la madre biológica por la declaración del nacimiento por su mujer ante el encargado del registro civil y se asienta sobre la base de considerar que la posesión de estado es aplicable no solo a la filiación biológica, sino también que también en el ámbito de la reproducción asistida cuando dicha posesión viene precedida de una voluntad procreativa conjunta y voluntaria".

Partiendo de esta declaración de principios, que va más allá de lo que para los casos concretos que juzgaron afirmaron las mencionadas sentencias, la sentencia recurrida basa su decisión en la valoración de tres conceptos:

i) La existencia de un "proyecto común de maternidad compartida", una "voluntad de maternidad conjunta" expresada en el marco de una relación de pareja que lleva conviviendo durante un año. Según la sentencia recurrida:

"Ambas hicieron planes para casarse y convinieron de forma libre y voluntaria llevar a cabo un proyecto común de maternidad compartida, para lo cual en julio de 2018 decidieron materializar esa voluntad conjunta de ser madres acordando que en primer lugar lo fuera la demandada, ya que esta quería dar un hermano al hijo nacido de otra relación heterosexual y posteriormente la actora, acudiendo las dos al instituto de reproducción CEFER, en donde ambas dieron su consentimiento libre y voluntario para la utilización de datos genéticos, para el fenotipo del embrión y para el test de compatibilidad, documentos todos ellos firmados por ambas y en los que aparece la actora como pareja femenina de la que va a ser madre biológica del futuro hijo común, y no solo eso sino que a la hora de llevar a cabo la selección de semen buscaron que el donante anónimo fuera compatible con ambas, eligiendo las dos sus características y la actora procede a una reserva para ella misma, puesto que como admitió la demandada en juicio ambas querían que sus hijos compartieran la misma línea sanguínea, esto es, que fuera hermanos del mismo donante anónimo, a lo que se anuda que el perfil de dicho donante era compatible con la actora ya que esta

tenía una enfermedad. Obran también comunicaciones en las que hablan del nombre que le van a poner al bebé. Luego de eso y una vez la demandada queda en cinta existen comunicaciones entre ellas en las que hablan de que van a ser madres y la demandada de nuestro bebé e incluso la actora en su condición de madre del bebé acude y está presente en el paritorio cuando el niño nace y obra aportado un reportaje fotográfico que ilustra ese hecho con imágenes de la pareja y el niño, llegando a explicar la demandada que producido el parto se quedó a dormir con la demandada Milagrosa en la habitación del hospital".

ii) Un actuación de la demandante como madre. Según la sentencia recurrida:

"Junto a ello, hay fotos y testigos que avalan la participación de la demandante en la vida del niño y que refirieron que la actora actuaba y se reconocía como madre de Hilario, de lo que se colige que la apelada, y ello es lógico y comprensible en la medida en que viene precedido por una voluntad conjunta de maternidad compartida, que se considerase y actuase frente a la familia y terceros como madre, primero del nasciturus y luego del niño Hilario"

iii) El interés del menor. Según la sentencia recurrida:

"Por lo que respecta al menor Hilario este tiene derecho e interés en mantener vinculación afectiva y relación con la mujer con la que su madre biológica consintió su concepción como madre conjunta y se sintió unida y ligada a ella durante su desarrollo embrionario y posteriormente a su nacimiento y hasta que la demanda lo impidió llegando a denunciar a la actora de malos tratos y de acoso motivado porque la demandante quería seguir manteniendo la vinculación familiar y de pareja con la recurrente y el hijo de ambas, siendo por ello que la demandante se vio en la necesidad de interponer esta demanda para que su filiación fuera reconocida, a lo que convenimos, en los mismos términos que concluye la recurrida, que la actora tiene perfecto derecho".

3. Si partimos, como debemos partir, de que en el caso no se dieron los requisitos para que la filiación quedara determinada conforme al título de determinación de la filiación previsto por el legislador para la filiación por voluntad de tener al hijo nacido de la otra mujer como propio (art. 7.3 LTRHA), no podemos compartir la trascendencia que la sentencia recurrida otorga a la voluntad para estimar la acción de reclamación de la filiación por posesión de estado fundada en el art. 131 CC.

Como dijimos en la sentencia 45/2022, de 27 de enero, para apreciar si existe una persistencia y constancia en el comportamiento como madre a efectos de apreciar la posesión de estado, serían decisivos los actos posteriores al nacimiento, y en este caso, de los hechos acreditados en la instancia no resulta una realidad integradora de la posesión de estado de quien como madre asume las necesidades ordinarias y diarias de sus hijos con los requisitos de constancia y exteriorización que se precisan.

Como argumenta el fiscal en su dictamen, con criterio que compartimos, la convivencia de la demandante con el menor ha sido de aproximadamente de año y medio, sin que haya vuelto a tener contacto con el niño desde enero de 2021. Durante el tiempo de convivencia, que puede calificarse de relativamente breve, existió una relación familiar, si bien parece que la demandante nunca estuvo presente en las visitas al pediatra ni estuvo autorizada para recoger al menor en la guardería, y parece que ese tiempo no estuvo exento de dificultades. La Audiencia recoge que los problemas en la relación comenzaron con el nacimiento del niño, y que el testamento de la madre biológica, en el que, para el caso de que le sucediera algo, disponía que se designara tutora a su madre, y no la actora, de cuyas capacidades no se fiaba, fue anterior al nacimiento de Hilario (el testamento se otorga el 9 de abril de 2019 y el niño nace el NUM000 de 2019). Aunque la demandante ha consignado alimentos durante el procedimiento, como observa el fiscal, tras la separación sus intentos de ver al niño no parecen suficientes, pues ni pidió visitas como allegada ni las solicitó cautelarmente al interponer el procedimiento de filiación, lo que, en línea con lo afirmado en la sentencia 45/2022, permite negar la constancia, continuidad y exteriorización de la relación. Tal conducta omisiva, como señala el fiscal, no está justificada por la sola existencia de la denuncia penal que interpuso la madre contra la actora y, en cualquier caso, continuó durante el procedimiento de filiación una vez archivada la denuncia. Como acertadamente observa el fiscal, de ordinario, unas visitas cautelares en un procedimiento de reclamación difícilmente se van a conceder, pues normalmente no habrá una vinculación próxima en el tiempo con el menor, y existirá incertidumbre sobre el resultado de la prueba biológica, pero este no es el caso, pues la relación era reciente y el vínculo biológico no es relevante para resolver, pues precisamente se pretende que se determine una filiación que no se basa en la realidad biológica.

El resultado de lo anterior es que, de acuerdo con el informe del fiscal, dado el tiempo transcurrido desde el último contacto con Hilario, la edad que tenía entonces el niño y la corta duración de la convivencia entre las litigantes, no parece posible que exista vinculación afectiva alguna entre la demandante y el niño, y no se adivinan los beneficios que puede tener actualmente para él que se establezca una filiación que no se basa en la verdad biológica, cuando no se trataría de reanudar una relación maternal sino de construirla nuevamente.

4. En su escrito de oposición al recurso de casación la demandante ahora recurrida alude a que 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 LGTBI) admite la doble maternidad aunque las mujeres lesbianas no estén casadas, por lo que, conforme a esta nueva ley su maternidad habría quedado establecida.

Debemos observar que la Ley 4/2023, de 28 de febrero, entró en vigor al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado (disp. final vigésima de la ley), lo que tuvo lugar el 1 de marzo de 2023.

Obviamente, por razones temporales, la nueva regulación no estaba en vigor cuando nació Hilario, pero con los hechos que constan en las actuaciones, contra lo que dice la recurrida, tampoco concurren las circunstancias para la determinación de la filiación de la demandante.

Por lo que aquí interesa, con el fin declarado en su preámbulo de "permitir la filiación no matrimonial en parejas de mujeres lesbianas, puesto que, hasta ahora, solo se preveía la matrimonial", la Ley 4/2023, de 28 de febrero (que no ha modificado el art. 7.3 LTRHA), ha dado nueva redacción al art. 120 CC y al art. 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, que quedan redactados de la siguiente manera:

" Artículo 120.1.º CC. La filiación no matrimonial quedará determinada legalmente: En el momento de la inscripción del nacimiento, por la declaración conforme realizada por el padre o progenitor no gestante en el correspondiente formulario oficial a que se refiere la legislación del Registro Civil.

" Artículo 44.4.I y III.b) [Inscripción de nacimiento y filiación] de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil: La filiación se determinará, a los efectos de la inscripción de nacimiento, de conformidad con lo establecido en las leyes civiles y en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. (...)

"La filiación del padre o de la madre no gestante en el momento de la inscripción del hijo, se hará constar: (...) b) Cuando el padre o la madre no gestante manifieste su conformidad a la determinación de tal filiación, siempre que la misma no resulte contraria a las presunciones establecidas en la legislación civil y no existiere controversia. Deberán cumplirse, además, las condiciones previstas en la legislación civil para su validez y eficacia.

La doble maternidad no matrimonial (en el caso que juzgamos las litigantes no estaban casadas), conforme al nuevo art. 120.1º CC requiere la declaración conforme realizada por la madre no gestante en el momento de la inscripción del nacimiento en el correspondiente formulario oficial a que se refiere la legislación del Registro Civil. Y conforme al nuevo art. 44.4.III.b) LRC, para la inscripción de tal filiación es preciso que no exista controversia y que se cumplan, además, las condiciones previstas en la legislación civil para su validez y eficacia, es decir, que conforme al art. 124 CC se cuente con el consentimiento expreso del representante legal del menor (o la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal y del progenitor legalmente conocido). En el caso resulta poco creíble, contra lo que apunta la recurrida, que aun de estar en vigor la nueva ley, que no lo estaba, hubiera tenido lugar la determinación extrajudicial de su maternidad en el momento de practicar la inscripción de Hilario, para lo que necesitaría el consentimiento de la madre quien, días antes del nacimiento de su hijo procedió a otorgar testamento en el que, para el caso de que le sucediera algo, designa tutora a su madre, abuela del niño, y descarta a la demandante por considerar que no estaba capacitada para compartir la maternidad de su hijo.

La Ley 4/2023, de 28 de febrero, ha introducido también en el art. 44.6 LRC (de conformidad con el nuevo art. 124.II CC) el reconocimiento en cualquier tiempo, después de la inscripción del nacimiento, como título de determinación de la doble maternidad, pero dada la aplicación del régimen del reconocimiento, en atención a la relación entre las litigantes, resulta obvio que la demandante no cuenta con el consentimiento de la madre demandada:

" Artículo 44.6 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil: "El reconocimiento de la filiación no matrimonial con posterioridad a la inscripción de nacimiento podrá hacerse en cualquier tiempo con arreglo a las formas establecidas en la legislación civil aplicable. Si se realizare mediante declaración del padre o madre no gestante ante el encargado del Registro Civil, se requerirá el consentimiento expreso de la madre o persona trans gestante y del representante legal si fuera menor de edad o de la persona a la que se reconoce si fuera mayor. (...). Para que sea posible la inscripción deberán concurrir, además, los requisitos para la validez o eficacia del reconocimiento exigidos por la legislación civil.

"Podrá inscribirse la filiación mediante expediente aprobado por el Encargado del Registro Civil, siempre que no haya oposición del Ministerio Fiscal o de parte interesada notificada personal y obligatoriamente, si concurre alguna de las siguientes circunstancias:

"1.ª Cuando exista escrito indubitado del padre o de la madre en que expresamente reconozca la filiación.

"2.ª Cuando el hijo se halle en la posesión continua del estado de hijo del padre o de la madre, justificada por actos directos del mismo padre o de su familia.

"3.ª Respecto de la madre o persona trans gestante, siempre que se pruebe cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo.

"Formulada oposición, la inscripción de la filiación solo podrá obtenerse por el procedimiento regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil"

5. En atención a lo razonado, el recurso de casación se estima, y por las mismas razones se estima el recurso de apelación interpuesto por la demandada y se desestima la demanda, pues no se dan los presupuestos legales ni jurisprudenciales para que prospere la reclamación de maternidad extrajudicial por posesión de estado.

Octavo.

No se imponen las costas del recurso de casación dada su estimación.

No se imponen las costas del recurso de apelación, dado que debió ser estimado.

Se imponen a la demandante las costas de la primera instancia.

FALLO

Por todo lo expuesto,

EN NOMBRE DEL REY

y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por Milagrosa contra la sentencia dictada con fecha 9 de junio de 2022 por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección 4.ª, en el rollo de apelación n.º 930/2021, dimanante de los autos sobre acción de filiación 219/2021, del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Manacor. En consecuencia, casamos la mencionada sentencia, dejándola sin efecto y, en su lugar, estimamos el recurso de apelación interpuesto por Milagrosa y desestimamos la demanda en su día interpuesta contra ella por Teodora.

2.º- No imponer las costas del recurso de casación y ordenar la restitución del depósito constituido.

3.º- Imponer a la parte demandante las costas de la primera instancia y no imponer las costas del recurso de apelación.

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

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.