

## 1.2. Derecho de Familia

### Reclamación de la filiación extramatrimonial por posesión de estado de la pareja y luego esposa de la madre por naturaleza

#### *Claim of extramarital filiation by possession of state of the couple and then wife of the mother by nature*

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT  
*Profesora contratada Doctora de Derecho civil.  
Universidad Complutense de Madrid*

**RESUMEN:** El artículo 7.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida establece la determinación de la filiación por doble maternidad cuando la mujer estuviera casada y no separada legalmente o de hecho con otra mujer. De no ser posible esta vía, la determinación de la filiación por el ejercicio de la acción de reclamación de la filiación por posesión de estado prevista en el artículo 131 del Código Civil. En la sentencia del Tribunal Supremo, de la Sala de lo Civil, de 27 de enero de 2022 tras analizar las circunstancias concurrentes del caso no se admite tal reclamación al no acreditarse posesión de estado, ni el beneficio que reportaría para la estabilidad personal y familiar del niño la creación por sentencia de una relación jurídica que no se basa en el vínculo biológico y en la inexistencia de una relación materno-filial de la madre no biológica respecto del menor. El presente estudio se va a centrar en el análisis de la reclamación de la filiación no matrimonial por posesión de estado y en sus efectos en el supuesto de doble maternidad.

**ABSTRACT:** The article 7.3 of the law 14/2006, of may 26 on assisted reproduction techniques law establishes the determination of filiation due to double maternity when the woman is married and not legally or de facto separated from another woman. If this route is not possible, the determination of the filiation procedes through the exercise of the claim action of the filiation by possession of state provided for in article 131 of civil code. In the judgment of the Supreme Court, Civil Chambre, of January 27, 2022, after analyzing the concurrent circumstances of the case, such is claim is not admitted since the possession of status is not proven, nor the benefit that it would bring for the personal and family stability of the child the creation by sentence of a legal relationship that is not base don the biological link and on the no-existence of a filial material relationship of the non-biological mother with respect to the minor. The present study is going centre on the analysis of the claim of non-marital filiation by possession of state and its effects in the case of double motherhood.

**PALABRAS CLAVES:** Filiación. Menor de edad. Posesión de estado. Doble maternidad. Matrimonio. Pareja de hecho. Técnicas de reproducción asistida. Reclamación de la filiación y matrimonio.

**KEY WORDS:** *Filiation. Minor. Possession of state. Double maternity. Marriage. De facto couple. Assisted reproductive techniques. Filiation claim and marriage.*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN POR DOBLE MATERNIDAD.—III. LA ACCIÓN DE RECLAMACIÓN DE LA MATERNIDAD NO MATRIMONIAL POR POSESIÓN DE ESTADO: 1. LAS ACCIONES DE FILIACIÓN. 2. LA POSESIÓN DE ESTADO: CONCEPTO Y REQUISITOS. 3. ACCIÓN DE RECLAMACIÓN DE FILIACIÓN CON POSESIÓN DE ESTADO.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—IV. BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN

La relación paterno-filial opera sobre la base de una relación de filiación que, tiene su fundamento, esencialmente, en una realidad biológica —el hecho biológico de la generación—. Si bien, es posible que se prescinda de la perspectiva biológica, sustituyendo el hecho de la generación por el acto jurídico de la adopción. En todo caso, podemos definir la filiación como «el vínculo jurídico que existe entre un padre y su hijo o una madre y su hijo»<sup>1</sup>. Para REYES LÓPEZ la filiación se caracteriza porque «se establece un vínculo entre la persona y su progenitor o progenitores por el hecho de la generación»<sup>2</sup>.

Por lo que, hay que señalar que, la filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción<sup>3</sup>. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. A su vez la filiación matrimonial puede ser originaria o sobrevenida. Originaria, cuando los padres están casados entre sí en el momento del nacimiento; y sobrevenida cuando el padre o la madre no están casados entre sí en el momento del nacimiento, pero se casan después (art. 119 CC). La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida permanece en cierta medida al margen de la clasificación entre filiación por naturaleza y adopción, aunque hay quien la considera más cercana a la adopción<sup>4</sup>, mientras otros a la filiación por naturaleza<sup>5</sup>, si bien, no faltan quienes la califican de tercer género (*tertium genus*)<sup>6</sup>. Las reglas de determinación de la filiación matrimonial están contenidas en los artículos 115 a 119 del Código Civil. En el primero se establece como medios para determinar la filiación: 1. La inscripción del nacimiento junto con el matrimonio de los padres; 2. Sentencia firme. El Código Civil se ocupa básicamente de la determinación de la paternidad, pues, la consideración de la maternidad es determinada por el parto. Por su parte, la filiación no matrimonial queda determinada conforme el artículo 120 del Código Civil —en la redacción dada por la Ley 19/2015, de 13 de julio— por: 1. En el momento de la inscripción del nacimiento, por la declaración conforme realizada por el padre en el correspondiente formulario oficial a que se refiere la legislación del Registro Civil; 2. El reconocimiento ante el encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público; 3. Resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil; 4. Por sentencia firme; y, 5. Respecto de la madre, cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción del nacimiento practicada dentro del plazo,

de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Registro Civil. La determinación de la filiación puede ser judicial o extrajudicial, siendo esta la más habitual. Precisa RUEDA ESTEBAN que «la ley fomenta la determinación extrajudicial por economía de medios y agilidad, y se reserva la determinación judicial a los casos en que no cabe la primera o es contradictoria, o a aquellos en que la determinación legal no se corresponde con la filiación real»<sup>7</sup>. Asimismo, para DE LA CÁMARÁ ÁLVAREZ «la determinación extrajudicial de la filiación solo es posible merced a procedimientos preestablecidos por la Ley. Es decir, para determinar extrajudicialmente la filiación no cabe invocar cualquier medio de prueba, sino que han de acreditarse precisamente unos extremos concretos y en la forma que el Derecho positivo establece. Solo cuando es preciso recurrir a la determinación judicial de la filiación se admite que la filiación intente probarse utilizando con libertad todas las pruebas susceptibles de ser empleadas»<sup>8</sup>.

En cuanto a la LTRHA dedica sus artículos 6, 7, 8, 9 y 10 a la filiación de los nacidos mediante técnicas de reproducción humana asistida. En el Anexo A de esta Ley al que remite el artículo 2.1 de la misma se especifican como técnicas reproductivas admitidas en nuestro Derecho las siguientes: 1. Inseminación artificial; 2. Fecundación *in vitro* e inyección intracitoplástica de espermatozoides con gametos propios o de donante y con transferencia de preembriones; y 3. Transferencia intratubárica de gametos. Para determinar la filiación mediante estas técnicas, el artículo 7.1 remite a las leyes civiles, a salvo las especificaciones contenidas en los tres artículos siguientes —en concreto, los artículos 8 a 10 de la LTRHA—. Por lo que, supone la remisión a la regulación contenida en los artículos 108 y siguientes del Código Civil; y en el ámbito de las legislaciones forales —artículos 235-1 a 235-14 del Código Civil catalán, y artículos 56 a 62 del Código Foral aragonés, entre otras—. La filiación por naturaleza tiene una base biológica y el Código Civil considera en principio, padre y/o madre a quien es el progenitor del hijo y es en este caso, la verdad biológica coincide con la verdad jurídica. A diferencia de la filiación adoptiva y la filiación por reproducción asistida.

Es, por ello, que la LTRHA atiende al componente volitivo, esto es, a la voluntad de quien desea ser progenitor como modo legal de determinar la filiación. Así con relación a la filiación no matrimonial tras la modificación por Ley 19/2015 se continua considerando el documento extendido ante el centro o servicio autorizado en el que se refleje el consentimiento del varón no casado como escrito indubitado, dejando a salvo la declaración judicial de paternidad (art. 8.2 LTRHA), siendo la única novedad el reconocimiento del varón no unido por vínculo matrimonial de la posibilidad de fecundación *post mortem* en los mismos términos previstos para el marido —apartado segundo— y, en consecuencia, considerar su consentimiento para la utilización del material reproductor como título para iniciar el expediente del artículo 44.7 de la LRC, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de la paternidad (art. 9.3 de la LTRHA)<sup>9</sup>; y, asimismo, se admite la determinación de la filiación sin ser el material genético relevante en el artículo 7.3 de la LTRHA. En este precepto se reconoce mediante una ficción legal que, en caso de matrimonio preexistente entre dos mujeres, podía determinarse la filiación del nacido mediante técnicas de reproducción asistida a favor del cónyuge no gestante, siempre que este haya manifestado ante el encargado del Registro Civil del domicilio conyugal su consentimiento al respecto. Es decir, el artículo 7.3 introduce en este ámbito un nuevo supuesto de determinación de la filiación matrimonial diferente de la presunción del artículo 116 del Código Civil; si bien, condicionado al cumplimiento de determinados requisitos.

La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de diciembre de 2013<sup>10</sup> establece en su *fundamento de derecho* 3.º3 que nos encontramos con: «la coexistencia de dos filiaciones a favor de personas del mismo sexo: una filiación materna biológica y una filiación no basada en la realidad biológica sino en una pura ficción legal, ambas con los mismos efectos jurídicos que la filiación por naturaleza».

En cuanto a la usuaria de las técnicas de reproducción asistida señalar que, conforme al artículo 6.1 de la LTRHA es toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar. Podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley, siempre que haya prestado consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa. Aunque se hace referencia a la plena capacidad de obrar, teniendo presente la reforma operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio podrá serlo una persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Ahora bien, la mujer podrá ser usuaria o receptora de estas técnicas con independencia de su estado civil y orientación sexual.

Por otra parte, si la mujer estuviera casada, se precisará, además, el consentimiento de su marido, a menos que estuvieran separados legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente. El consentimiento del cónyuge, prestado antes de la utilización de las técnicas, deberá reunir idénticos requisitos de expresión libre, consciente y forma (art. 6.3 de la LTRHA). Lo que tiene lógica, si partimos de la presunción de paternidad prevista en el citado artículo 116 del Código Civil. De todas formas, recordemos que, si la usuaria está casada con otra mujer, aquella no necesita el consentimiento de esta para acudir a las técnicas de reproducción asistida.

En fin, las técnicas de reproducción asistida se realizarán solamente cuando haya posibilidades razonables de éxito, no supongan riesgo grave para la salud, física o psíquica, de la mujer o la posible descendencia y previa aceptación libre y consciente de su aplicación por parte de la mujer, que deberá haber sido anterior y debidamente informada de sus posibilidades de éxito, así como de sus riesgos y de las condiciones de dicha aplicación (art. 3.1 de la LTRHA).

Sobre tales bases, el presente estudio se va a centrar en la reclamación de maternidad extramatrimonial por posesión de estado interpuesta por quien fuera pareja y luego esposa de la madre por naturaleza, esto es, en determinación de la filiación por doble maternidad.

## II. LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN POR DOBLE MATERNIDAD

La filiación por naturaleza tiene una base biológica y el Código Civil considera en principio, padre y/o madre a quien es el progenitor del hijo y es, en este caso, la verdad biológica coincide con la verdad jurídica, a diferencia de la filiación adoptiva y la filiación por reproducción asistida<sup>11</sup>. La Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, LTHRA), 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 artículo 7 de la Ley 14/2006 para permitir la doble maternidad legal sin adopción. Conforme al artículo 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), el consentimiento previo de la madre no gestante al nacimiento y ante el encargado del Registro Civil, que cuando naciera el hijo de su cónyuge se determina su filiación respecto del nacido. Asumiendo, los planteamientos flexibilizadores de los requisitos formales y temporales fijados por la jurisprudencia (sentencias de esta Sala 740/2013, de 5 de diciembre y 836/2014, de 15 de enero de 2014, la Ley 19/2015, de 13 de julio de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y el Registro Civil, modificó el artículo 7.3. Conforme a la nueva redacción vigente dispone el citado artículo 7.3 de la Ley que: *«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 de Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge»*.

En este contexto, la LTRHA reconoce como otro supuesto en que prevalece el elemento volitivo, esto es, la voluntad de quien desea ser progenitor sobre la verdad biológica. Por lo que, además del supuesto de inseminación artificial de mujer casada con varón, está el de la fecundación que tiene lugar con semen de donante anónimo, es el caso de matrimonio homosexual de mujeres. A diferencia del anterior supuesto, la mujer no gestante no debe prestar el consentimiento a la utilización de las técnicas por su cónyuge para que se le atribuyan los efectos de la filiación, sino que basta en la actualidad con consentir que se determine a su favor la filiación. De forma que, en este caso la relación de filiación entre la esposa de la madre y el niño deriva directamente de la voluntad de la esposa que consiente<sup>12</sup>.

Con la mencionada reforma operada por Ley 3/2007 el consentimiento se debía prestar con carácter previo al nacimiento ante el encargado del Registro Civil del domicilio conyugal<sup>13</sup>. En la actualidad, tras la reforma por la Ley 19/2015 se modifica la forma de prestar el consentimiento, pues, ya no es necesario manifestarlo antes del nacimiento, ni que se preste ante el encargado del Registro Civil; basta con que se manifieste conforme a lo dispuesto en la Ley de Registro Civil, señalando al respecto que consiente la determinación a su favor de la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge<sup>14</sup>.

Esta misma Ley 19/2015 introduce también un nuevo apartado 5 al artículo 44 de la Ley de Registro Civil de 21 de julio 2011 que, reproduce prácticamente el contenido del artículo 7.3. Así establece que *«5. 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»*<sup>15</sup>. Con esta reforma el legislador ha pretendido facilitar la determinación de la filiación de los hijos nacidos en el marco de un matrimonio formado por dos mujeres con independencia que, hayan recurrido o no a técnicas de reproducción asistida. Todo ello sin perjuicio de las acciones de impugnación que, pueda tener lugar en caso que la prestación hubiera sido como consecuencia de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida contempladas en la LTRHA, pues, la filiación establecida en este caso no quedaría amparada por la condición de inimpugnable que, contempla el artículo 8 de la citada Ley<sup>16</sup>.

Por su parte, el artículo 44.2 de la Ley de Registro Civil de 2011 establece que, la inscripción de nacimiento se practicará en virtud de declaración formulada

en documento oficial debidamente firmado por el o los declarantes, acompañada del parte facultativo. El artículo 45 de esta misma Ley señala que, la dirección de hospitales, clínicas y establecimientos sanitarios comunicarán en el plazo de setenta y dos horas a la Oficina del Registro Civil que corresponda cada uno de los nacimientos que haya tenido lugar en el centro sanitario, excepto aquellos casos que exijan personarse ante el encargado del Registro Civil. La comunicación se realizará mediante la remisión electrónica del formulario oficial de declaración debidamente cumplimentado por el centro sanitario y firmado por la persona o personas que tengan la obligación de comunicar el nacimiento. Finalmente, el artículo 47.2 respecto a la inscripción del nacimiento por declaración de otras personas obligadas dispone que, «la declaración se efectuará presentando el documento oficial debidamente cumplimentado acompañado de certificado médico preceptivo firmado electrónicamente el facultativo, o, en su defecto, del documento acreditado en los términos que reglamentariamente se determinen». Por lo que, parece que, la prestación del consentimiento de la madre no gestante habrá de tener lugar en dicho momento, sin perjuicio de la firma del formulario oficial electrónico por ambas madres<sup>17</sup>.

Ahora bien, la doctrina siguiendo a DE CASTRO en relación al estado civil de la persona distingue entre título de atribución y título de legitimación, entendiendo por el primero, el hecho o acto biológico o no que, según el ordenamiento, constituye una cierta relación de estado civil (filiación), esto es, permite establecer la acción de filiación; y, por título de legitimación es el que proclama a una persona a efectos legales y frente a todos, como titular de un estado civil y lo habilita para el ejercicio de los derechos derivados del mismo<sup>18</sup>.

De forma que, los verdaderos medios de determinación de la filiación se contienen en los artículos 115 y 120 del Código Civil; si bien, se admite la determinación de la filiación sin ser el material genético relevante mediante el artículo 7.3 de la LTRHA. En este precepto, se reconoce mediante una ficción legal que, en caso de matrimonio preexistente entre dos mujeres, pueda determinarse la filiación del nacido mediante técnicas de reproducción asistida a favor del cónyuge no gestante, siempre que este haya manifestado ante el encargado del Registro Civil del domicilio conyugal su consentimiento al respecto. Es decir, el artículo 7.3 introduce en este ámbito un nuevo supuesto de determinación de la filiación matrimonial diferente de la presunción del artículo 116 del Código Civil; no obstante, condicionado al cumplimiento de determinados requisitos.

La citada sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de diciembre de 2013<sup>19</sup> establece en su *fundamento de derecho* 3.º.3 que no nos encontramos con: «la coexistencia de dos filiaciones a favor de personas del mismo sexo: una filiación materna biológica y una filiación no basada en la realidad biológica sino ante una pura ficción legal, ambas con los mismos efectos jurídicos que la filiación por naturaleza».

En esta línea, las resoluciones de la Dirección General del Registro y del Notariado, 1.ª, de 8 de febrero de 2017<sup>20</sup> señalan que, no es imprescindible probar que, la prestación se ha producido mediante técnicas de reproducción asistida y además que, no es aplicable la presunción de filiación matrimonial del artículo 116 del Código Civil.

Como señalamos en líneas precedentes, el artículo 7.3 reconoce la posibilidad de una doble maternidad mediante una ficción legal. Así en caso de matrimonio preexistente entre dos mujeres podrá determinarse la filiación del nacido mediante técnicas de reproducción asistida en favor de la cónyuge no gestante siempre que, esta hubiera manifestado su consentimiento. Se aplica el criterio



de la voluntad personal de quien quiere ser progenitor como origen de la maternidad con plena eficacia jurídica<sup>21</sup>. Criterio que, prevalece sobre el principio de coincidencia de la verdad biológica y la verdad jurídica. Es cierto que, nuestro ordenamiento jurídico parte del principio de veracidad biológica en materia de filiación; si bien dicho principio no tiene carácter absoluto y ha evolucionado hacia un concepto más social y afectivo debiendo prevalecer siempre el interés del menor<sup>22</sup>.

En este punto, la sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil, de 6 de febrero de 2014<sup>23</sup> establece en su *fundamento de derecho* 4.º apartado 6 que «las modernas regulaciones de las relaciones familiares no establecen como fuente exclusiva de la filiación el hecho biológico y que, por tanto, la determinación de una filiación por criterios distintos a los puramente biológicos no constituye en sí una contravención al orden público internacional español. Junto al hecho biológico existen otros vínculos como, por ejemplo, los derivados de la adopción o del consentimiento a la fecundación con contribución de donante prestado por el cónyuge conviviente de la mujer que, se somete al tratamiento de reproducción asistida, que el ordenamiento jurídico toma en consideración como determinantes de la filiación. Por lo que, también resulta posible que, la filiación pueda quedar legalmente determinada respecto de las personas del mismo sexo. Con ello se reconoce que en la determinación legal de la relación de filiación tienen incidencia no solo factores biológicos, sino también otros de naturaleza social y cultural». Y, sigue afirmando el Alto Tribunal en su *fundamento de derecho* 5.º apartado 4 respecto al principio rector que, delimita y conforma esta materia, vertebrada en torno a la vigencia del interés superior del menor —con características de orden público y por ello no esencialmente vinculada a la justicia rogada— que: «(...) exige que, estos queden al cuidado de los sujetos que, han dado su consentimiento para ser progenitores, ya que ello constituye el ambiente que asegura al niño la protección y el cuidado, que son necesarios para su bienestar».

Ahora bien, que sucede si la mujer no gestante presta su consentimiento a la práctica de las técnicas de reproducción asistida, esto es, en la clínica pero no ante el encargado del Registro Civil; o se trata de pareja de hecho homosexual de mujeres o uniones estables registradas de mujeres —que están excluidas de la LTRHA—, o en fin, de parejas de mujeres casadas a partir de 2005 y antes de 2007 con hijos procedentes del uso de técnicas de reproducción asistida y que como consecuencia de la irretroactividad de la LTRHA (art. 2.3) carecen de la posibilidad de determinar la filiación matrimonial a favor de su hijo así nacido. En estos casos, a la mujer no gestante no le queda otra opción que, la adopción del hijo, o reclamar la filiación por constante posesión de estado (art. 131 CC). Esto último resulta ser el supuesto de hecho debatido, por un lado, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de enero de 2022<sup>24</sup>. Así la maternidad por naturaleza de Clemencia quedó determinada por el parto (art. 120 CC y 44 y 46 de la LRC). Por el contrario, con arreglo al derecho vigente aplicable, no pudo haber determinación de la maternidad a favor de Elsa, pues, cuando Clemencia se sometió a las técnicas de reproducción asistida y también cuando Horacio nació, la redacción en vigor del artículo 7.3 de la LTRHA solo permitía la determinación de la maternidad de la mujer casada con la madre que consintiera ante el encargado del Registro Civil que se determinará respecto de ella la filiación cuando el niño naciera. El matrimonio de Clemencia y Elsa (el 12 de junio de 2015) fue posterior al nacimiento del niño, la filiación no quedó determinada respecto de Elsa, sin que llegara a iniciarse la única vía entonces posible para la determinación de la filiación, la adopción<sup>25</sup>. Y, por otro, en la

sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala de 11 de julio de 2022<sup>26</sup> teniendo su origen el procedimiento en una demanda interpuesta el 11 de mayo de 2017 por Herminia y dirigida a que se declare que la demandante es la madre no biológica del menor Fidel, nacido en 2007 de Estibaliz, quien quedó embarazada mediante un tratamiento de inseminación artificial con semen de donante anónimo. La demandante no aportó material genético, ni prestó su consentimiento a la fecundación. Asimismo, la demandante solicita que se declare que los apellidos del niño pasen a ser los de Estibaliz y Herminia y, que se ordene la rectificación del Registro Civil. Interesa, además, que una vez determinada la filiación se le otorgue automáticamente la patria potestad y, se fije una guarda y custodia compartida por semanas alternas de las dos progenitoras. Subsidiariamente, para el caso de que no se considere oportuno el establecimiento de una guarda y custodia compartida, solicita que se establezca un régimen de visitas consistente en que el menor y la demandante disfruten de su mutua compañía en fines de semana alternos, desde las 18 horas del viernes hasta las 20 horas del domingo, más dos tardes entre semana desde las 18 horas hasta las 20 horas, siendo Herminia quien recogerá al menor en el domicilio de Estibaliz a la hora de inicio de la visita y esta última quien lo recogerá en el domicilio de la primera a la hora acordada de fin de la visita.

Asimismo, admite que fue pareja de la demandante, pero niega que existiera un proyecto común relacionado con la maternidad, que fue una decisión de esta porque siempre había querido ser madre, y que cuando tomó la decisión la relación de pareja ya no funcionaba, y que de hecho cuando acudió a la clínica solo ella firmó el consentimiento informado.

Por otra parte, también niega la concurrencia de los elementos necesarios de la posesión de estado invocada por la demandante y razona que todas las decisiones sobre la vida de su hijo las ha tomado ella siempre como madre.

El juzgado desestimó la demanda por sentencia de 24 de marzo de 2020. Basó su decisión, en síntesis, en que la demandante, que estaba casada con otra persona, no prestó consentimiento a la inseminación de la madre, ni realizó posteriormente ninguna actuación para lograr la inscripción de la filiación, como casarse y comparecer en el Registro Civil o adoptar al niño.

Entendió que, en el caso no concurría posesión de estado (porque aunque convivieron, la demandante no estaba empadronada en el mismo domicilio que la madre y el niño, ni tampoco constituyeron una pareja inscrita; la madre contaba con un título de familia monoparental en el que aparecían solo ella y el niño, y también contaban con los correspondientes carnets individuales de familia monoparental; aunque el niño llamó mamá a la demandante, después de la separación también llamaba papá a Raimundo, la nueva pareja de su madre). El juzgado también razonó que, desde el punto de vista del interés del menor, no se ve ningún interés en la determinación de la maternidad respecto de la demandante, dado que la convivencia de las litigantes se interrumpió cuando el niño tenía ocho meses y, aunque se reanudó, se rompió definitivamente cuando no había cumplido siquiera los tres años.

Frente a esta resolución interpuso recurso de apelación la demandante. Estibaliz y el Ministerio Fiscal se opusieron al recurso de apelación y solicitaron la confirmación de la sentencia dictada por el juzgado. Por auto dictado por la sección tercera de la Audiencia Provincial de Castellón en fecha 8 de enero de 2021 se acordó la admisión de la prueba documental (un contrato de compraventa de 1 de agosto de 2006 y el justificante de la transferencia) y la prueba testifical solicitada por la actora.



Por auto dictado en fecha 17 de marzo de 2021 se acordó prueba pericial consistente en la ampliación del informe del Equipo Psicosocial de Familia de Castellón a fin de valorar la conveniencia para el menor de establecer un régimen de custodia compartida o en su caso un régimen de visitas. Dicho informe se emite con fecha 12 de abril de 2021.

La Audiencia estima el recurso de apelación y declara que Herminia es la madre no biológica del menor Fidel y que los apellidos del niño deben ser los de Estibaliz y Herminia, ordenando la rectificación del Registro Civil.

La sentencia describe como hechos no controvertidos los siguientes. Herminia y Estibaliz iniciaron una relación de pareja en el año 1998 que continuó hasta el 2010, y convivieron juntas, aunque no de forma continuada. En el transcurso de esa convivencia, en el año 2006, Estibaliz acudió a un centro médico para someterse a las técnicas de reproducción asistida con material genético de donante anónimo, naciendo como consecuencia de ese tratamiento Fidel en 2007. La convivencia entre ellas se rompió a los ocho meses del nacimiento, retomándola en el verano del año 2009 y cesando definitivamente en el mes de mayo de 2010, si bien Herminia continuó viendo y cuidando del menor por semanas alternas, de forma continua y consensuada con Estibaliz hasta el día 6 de agosto de 2016. Asimismo, afirma que tampoco es controvertido que la demandante no prestó el consentimiento a la fecundación en la clínica, pero que conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo ello no impide determinar la maternidad no matrimonial si concurre posesión de estado.

A continuación, la Audiencia Provincial pasa a analizar si existe en el caso posesión de estado, que permita determinar la filiación conforme al artículo 131 del Código Civil. A su entender, no concurre *nomen* pero sí *tractatus* y fama por cuanto la demandante actuaba como madre del menor; como progenitora del mismo, de forma pública y notoria. Tiene en cuenta para ello: 1. Las declaraciones de la propia demandante, que si bien admitió que la existencia de una tercera persona fue el motivo de la ruptura, manifestó que esto había tenido lugar después y no durante el embarazo, afirmando que el proyecto de tener un hijo en común fue de las dos; 2. Que en la primera tarjeta de la seguridad social que se hizo al menor cuando nació se le identificara con los apellidos de las dos litigantes; 3. Que un año antes de que naciera el menor celebraron un compraventa de una vivienda y los padres de la demandante hicieron una transferencia para contribuir a esa compra; 4. Que después de la ruptura de la pareja, a partir del mes de mayo de 2010, ambas continuaron encargándose del cuidado del menor, incluso por semanas alternas, llevando Herminia al menor cuando era necesario al médico y también al colegio; 5. Que el menor llamaba «mamá» a la demandante y «mami» a la demandada, y tenía además una relación propia de hermanos con la hija de la demandante. La Audiencia Provincial tuvo en cuenta la declaración de la hija de la demandante, que también dijo que consideraba a la demandada como madre y que fue ella la que les pidió tener un hermano, la declaración de una madre del colegio que luego trabajó para la demandante; la declaración de la madre y la hermana de la demandante, así como la de una amiga que refirió que la demandante le ponía a la demandada las inyecciones durante el tratamiento, o que la familia de la demandante consideraba a la demandada como de la familia.

Por lo que, concluye la Audiencia Provincial que en una valoración conjunta de la prueba queda acreditada la filiación por posesión de estado. Igualmente, considera que no es relevante para adoptar esta decisión el hecho que la demandante no haya contribuido económicamente al sostenimiento de los gastos

del menor mediante el pago de una pensión alimenticia, ya que según refirió en el juicio no lo hizo porque no se lo pidió la demandada y porque además ya sufragaba la manutención del menor cuando estaba en su compañía.

En este contexto, la Audiencia Provincial rechaza la solicitud de custodia compartida y el régimen de visitas solicitado subsidiariamente por la demandante. La Audiencia basa su decisión, precisamente, en el interés del menor atendiendo a las circunstancias del caso. A estos efectos razona de la siguiente manera: «Con esta base procede examinar las circunstancias concurrentes en el caso enjuiciado, debiendo indicar, en primer lugar, que aunque la relación del menor con la demandante y con la familia de esta se haya desarrollado durante años de forma satisfactoria para ambos, llegando a compartir ambas litigantes la guarda y custodia del menor durante semanas alternas, esta situación cambió desde que en el mes de agosto del año 2016 la demandada impidió su continuación, aunque después se haya acordado de común acuerdo en el presente procedimiento y como medidas cautelares un régimen de visitas instaurado por auto de fecha 27 de septiembre de 2018, que después de hecho se dejó sin efecto desde el mes de marzo de 2020. Previamente a adoptar esa decisión en ese incidente de medidas cautelares se llevó a cabo la audiencia del menor, quien compareció ante la juez de instancia con la presencia del Ministerio Fiscal el día 20 de septiembre de 2018. Consta en el acta que Fidel manifestó que no consideraba a Herminia como su madre y que no quería estar con ella. Esto se volvió a evidenciar cuando se emitió un primer informe por el Equipo Psicosocial de Familia de Castellón. En sus conclusiones se indicaba que era la madre biológica la que se dedica de forma más directa a las actividades de la vida diaria del menor, aunque ambas poseían habilidades parentales suficientes y adecuadas para hacerse cargo del menor, si bien situaba a la primera como su entorno más próximo y cercano. En cuanto a la demandante se añadió que en ese momento el menor tenía un vínculo afectivo más débil con ella, en “un claro posicionamiento del menor con la progenitora y un sentimiento de rechazo hacia el contexto-familiar de la Sra. Herminia, lo cual interfiere en el desarrollo de un adecuado apego con ella”. Posteriormente este informe fue ampliado a petición de esta Sala en fecha 12 de abril de 2021. En esta segunda ocasión, se expone que «El menor presenta un claro rechazo a retomar la relación con la Sra. Herminia habiéndose afianzado desde el reconocimiento previo. El menor tiene un discurso argumentado de las razones por las que se ha llegado a esta situación y el por qué no quiere mantener esta relación». Y se concluye que «Ante la situación actual (de rechazo del menor hacia la Sra. Herminia), es importante tener en cuenta que, forzar una situación de convivencia (sea un régimen de custodia compartida como un régimen de fines de semana alternos) puede tener consecuencias negativas para la relación entre ambos como para Fidel. Pudiendo incrementar, en el caso de este último, mayor tensión emocional a su situación actual», por lo que se indica que «Dicha situación de convivencia solo sería recomendable si se estableciera una intervención desde algún recurso de apoyo que favoreciera la mejora del vínculo afectivo entre Fidel y la Sra. Herminia, y el menor accediera a mejorar dicha relación. Por ello, entendemos que, se encuentra suficientemente justificado atribuir el ejercicio de la patria potestad a Estibaliz, de acuerdo con lo establecido en el artículo 156 del Código Civil, lo cual facilitará la toma de decisiones que afecten al cuidado, formación y educación del menor, evitando las dificultades y obstáculos que pudieren surgir de un ejercicio conjunto de la patria potestad por ambas en las circunstancias actuales, sin perjuicio de lo que pudiere acordarse en el futuro en el caso que se modifiquen las circunstancias concurrentes. Se

acuerda, además, establecer un régimen de visitas a favor de Herminia en un punto de encuentro familiar, bajo la modalidad de visitas tuteladas con supervisión, en la forma, modo y duración que el juez de instancia estime oportuno previo informe que emitan cada seis meses los profesionales del Centro sobre la evolución de esas visitas». La demandada interpone recurso de casación que, se funda en tres motivos. 1. En el primero, denuncia la infracción del artículo 131 del Código Civil en lo referente a la figura de posesión de estado para declarar la filiación en relación con el artículo 8 apartado 2.º de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Asistida Humana; 2. En el segundo motivo denuncia la vulneración del principio *favor filii*; y, 3. En el tercer motivo denuncia la vulneración de la doctrina de los actos propios o «*venire contra factum proprium*».

### III. LA ACCIÓN DE RECLAMACIÓN DE LA MATERNIDAD NO MATRIMONIAL POR POSESIÓN DE ESTADO

#### 1. LAS ACCIONES DE FILIACIÓN

Para MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ en palabras de RIVERO HERNÁNDEZ «las acciones de filiación son aquellas que tienen por objeto de los órganos jurisdiccionales un pronunciamiento relativo a la filiación, ya declarándola si no ha quedado determinada de otra manera, o bien negando que lo sea la establecida formalmente»<sup>27</sup>. Por su parte, LINACERO DE LA FUENTE entiende que «las acciones de filiación son acciones de estado civil cuyo fin es o bien la afirmación (acciones de reclamación), o bien la destrucción (acciones de impugnación) de determinada paternidad o maternidad»<sup>28</sup>.

Su regulación se encuentra recogida en los artículos 136 a 141 del Código Civil y en los artículos 764 a 768 de la LEC en cuanto a la regulación del procedimiento. De forma que, las acciones que se pueden ejercitar son: las de reclamación, cuando se pretende la determinación de la filiación por sentencia firme (arts. 131 a 134 CC) y las acciones de impugnación, cuya finalidad es destruir la relación de filiación debidamente determinada (arts. 136 a 141 CC).

Las sentencias del Tribunal Constitucional 273/2005, de 27 de octubre y 52/2006, de 16 de febrero<sup>29</sup>, declararon inconstitucional el primer párrafo del artículo 133 del Código Civil «en cuanto impedía al progenitor no matrimonial la reclamación de la filiación en los casos de inexistencia de posesión de estado», manteniendo el resto del precepto inalterado.

La Ley 26/2015, de 28 de julio modificó el artículo 133 del Código Civil solucionando el vacío legal creado por dichas sentencias, además de los artículos 137, 138 y 140 último párrafo del citado cuerpo legal. Posteriormente, la Ley 8/2021, de 2 de junio por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, ha modificado, de nuevo, el artículo 133 en su apartado 1 y el artículo 137 apartados 1 y 2.

Recientemente, se ha pronunciado el Tribunal Constitucional avalando la constitucionalidad del plazo de un año para ejercer la acción de reclamación de la filiación no matrimonial sin posesión de estado. Así la sentencia de la Sala Segunda, de 27 de junio de 2022<sup>30</sup> ha desestimado el recurso de amparo al considerar que la fijación en el apartado segundo del artículo 133 del Código Civil —en su redacción conforme a la Ley 26/2015— del plazo de un año para el

ejercicio de la acción de reclamación de la filiación no matrimonial, sin posesión de estado, a computar desde que el actor tuvo conocimiento de los hechos en que se basa su reclamación, no lesiona el derecho de acceso a la jurisdicción. Al mismo tiempo, la sentencia razona que el plazo fijado legalmente cumple un fin legítimo, al impedir el ejercicio abusivo de la acción (STC 273/2005) y preservar la necesaria proporcionalidad entre, por una parte, la protección del interés del hijo y la salvaguarda de la seguridad en el estado civil; y, por otro lado, el derecho de acceso a la jurisdicción del progenitor no matrimonial sin posesión de estado. Por tanto, la fijación de un plazo de un año desde que el progenitor tuvo conocimiento de los hechos no vulnera el derecho de acceso a la jurisdicción. A ello se añade la posibilidad de determinación legal de la filiación no matrimonial, en la forma establecida en los artículos 120 y siguientes del Código Civil. Asimismo, la Sala Segunda entiende que la aplicación del artículo 13.2 del Código Civil a un caso en que el nacimiento tuvo lugar antes de la entrada en vigor de la Ley 26/2015, no vulnera el *principio pro actione*, sino que el órgano judicial interpretó la norma a la luz de la jurisprudencia constitucional sobre la materia atendiendo a la finalidad perseguida por la legalidad vigente. Además, teniendo en cuenta que la Ley 26/2015 o estableció un régimen transitorio, tal como hizo la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de julio de 2018, puso de relieve que la voluntad del legislador fue la aplicación inmediata del plazo de caducidad de un año a toda demanda presentada con posterioridad al 18 de agosto de 2015.

## 2. LA POSESIÓN DE ESTADO: CONCEPTO Y REQUISITOS

La posesión de estado debe entenderse como «aquella relación del hijo con el padre o madre o ambos en concepto de tal hijo («*nomen*», «*tractatus*» y «*fama*») manifestado por actos reiterados, de forma ininterrumpida, continuada y pública, sin que sea preciso que, los actos reveladores de tal posesión sean muy numerosos, ni tampoco practicados absolutamente con plena publicidad, dependiendo cada caso de las circunstancias concretas concurrentes; si bien deberá durar cierto tiempo aun cuando no requiera necesariamente una existencia actual al momento de ser invocados, siendo suficiente su consistencia en un pasado próximo. Es decir, este concepto se forma por actos directos del mismo padre y su familia, demostrativos de un verdadero reconocimiento voluntario, libre y espontáneo manifestado por actos reiterados, de forma ininterrumpida, continuada y pública»<sup>31</sup>. Para PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS es «el goce de hecho, de modo público, permanente e inequívoco, del estado del hijo en las relaciones familiares»<sup>32</sup>. Por su parte, MARTÍNEZ DE AGUIRRE entiende que la posesión de estado del hijo puede ser definida como «la apariencia que existe entre dos personas una relación de filiación, creada por el ejercicio de las facultades propias de esa relación y por convicción de la generalidad»<sup>33</sup>. Las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de mayo de 1997<sup>34</sup> y de 9 de mayo de 2018<sup>35</sup> entienden al respecto por posesión de estado como «aquella relación del hijo con el padre (o madre, en su caso) en concepto de tal hijo («*nomen*», «*tractatus*», «*fama*») manifiesta por actos reiterados, de forma ininterrumpida, continuada y pública». No obstante, esta última resolución recuerda que «si resulta absolutamente imprescindibles el *tractatus* (actos del progenitor —a los que pueden sumarse los de su familia— que den credibilidad a la situación posesoria, actos de atención y asistencia al hijo, actos que comporten el cumplimiento de la función propia de un progenitor);

igualmente, es necesario que, concurra la fama entendida como notoriedad y reflejo de la naturaleza del fenómeno posesorio».

Los elementos clásicos integradores de la posesión de estado son el «*nomen*» —uso habitual y constante de los apellidos del supuesto progenitor—; el «*trattatus*» —comportamiento continuado y afectivo del padre hacia el hijo traducido en alimentación, educación y asistencia económica y moral y no en esporádicas atenciones; o que «las relaciones existentes entre el considerado como padre y el considerado hijo sean propias de una relación paternofilial»—; y, la «fama» o «*reputatio*» —proyección de la aparente relación paterno filial sobre el entorno y círculo social; o «consistente en ser considerados socialmente como padre e hijo»<sup>36</sup>. Si bien, los dos últimos son los que tienen en el orden probatorio especial importancia y relieve, ya que equivalen a los requisitos de continuidad y publicidad<sup>37</sup>.

Como precisa QUESADA GONZÁLEZ mientras que, el *trattatus* tiene una proyección *ad intra* —en cuanto comprende exclusivamente el comportamiento del padre —y/o de su familia— respecto del hijo—; la fama o *reputatio* tiene una proyección *ad extra*, pues, «consiste en la opinión de terceros sobre esa relación, es decir, radica en el convencimiento que tienen las demás personas de la paternidad o maternidad cuestionadas». Además, añade que, el carácter «constante» que se exige a la posesión de estado hay que vincularlo sobre todo al requisito del *trattatus* «porque solo si este requisito resulta de actos públicamente conocidos llegará a existir el requisito de la fama». Y, concluye que, «la continuidad es quizá el rasgo más característico de la posesión de estado que, ha de tener una duración cierta, aunque la ley no exija una mínima duración»<sup>38</sup>.

En todo caso, la posesión de estado representa una situación de hecho («*questio facti*») de singular relevancia en materia de filiación a partir de la reforma por la Ley de 13 de mayo de 1981<sup>39</sup>. De libre apreciación por los tribunales de instancia y ha de ser mantenida en casación en tanto no se desvirtúe por medio impugnatorio adecuado para ello<sup>40</sup>.

Asimismo, se destaca que, a tenor de la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo «la posesión de estado de filiación no es más que una situación residual en que puede hallarse el hijo cuya paternidad no matrimonial no le está reconocida formalmente y sin embargo, en circunstancias concretas en que se halla en el seno de la sociedad o de la familia permiten establecer el reconocimiento previsto de la filiación por la homologación judicial de estas circunstancias mediante la sentencia firme, que así lo proclame»<sup>41</sup>.

De todas formas, se manifiesta por actos reiterados, de forma ininterrumpida, continuada y pública; precisándose que, no debe exigirse que los actos reveladores de la posesión de estado ni sean muy numerosos, ni sean practicados absolutamente con plena publicidad<sup>42</sup>. Tras la reforma por Ley de 13 de mayo de 1981 el calificativo de continua se sustituye por el de constante. Para EVANGELIO LLORCA tal término debe entenderse en dos sentidos «a) Como notoriedad o fehaciencia (lo que consta, lo que es cognoscible por tercero); b) Como continuidad o persistencia (lo que dura, lo que permanece sin interrupción)»<sup>43</sup>. Si bien, como señala PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS la exigencia de continuidad no ha desaparecido, pues, el término constante que exige el artículo 131 del Código Civil, tiene un mayor alcance que la antigua posesión continua<sup>44</sup>.

En todo caso, como precisa BARBER CÁRCAMO la posesión de estado «es un medio subsidiario y residual de acreditar una filiación previamente determinada, según el artículo 113 del Código Civil; un medio de prueba para su determinación judicial según el artículo 767.3 de la LEC; y un presupuesto para la legitimación

activa en algunas acciones de filiación cuya presencia facilita la reclamación y restringe la impugnación y cuya ausencia funciona de modo contrario»<sup>45</sup>.

### 3. ACCIÓN DE RECLAMACIÓN DE FILIACIÓN CON POSESIÓN DE ESTADO

En este contexto, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de diciembre de 2013<sup>46</sup> realiza una interpretación amplia del artículo 7.3 señalando en su *fundamento de derecho* 3.º<sup>2</sup> que la determinación de la filiación: «no puede quedar subordinada a un requisito formal como el de consentimiento previo ante el encargado del Registro Civil y no ante la clínica, en el que se prestó, una vez que, quede acreditada la técnica de reproducción asistida y la voluntad concordada de las partes de concebir un hijo». Por lo que, nuestro Alto Tribunal entiende que, la existencia de consentimiento de la pareja no casada para llevar a cabo la fecundación artificial de una de las mujeres, permite otorgar la filiación jurídica si ha ejercitado una acción de reclamación al amparo del artículo 131 del Código Civil sobre la base de la posesión de estado que «constituye causa para otorgar la filiación jurídica, aunque no exista nexo biológico y que, en la práctica queda superada por la protección del consentimiento para llevar a cabo la técnica de reproducción asistida porque «constituye la voluntad libre y manifestada por ambos litigantes del deseo de ser progenitores»», hasta el punto dice la sentencia que «dicho consentimiento debe ser apreciado aunque la posesión de estado hubiese sido escasa o no suficientemente acreditada como de ordinario se exige».

Se atribuye un mayor valor al consentimiento —en cuánto expresión de la voluntad de la madre y de su pareja— de querer, precisamente, asumir los papeles de progenitores que, a la propia posesión de estado como fundamento de la acción de reclamación de la filiación matrimonial. Para el Tribunal Supremo es evidente que «la posesión de estado integra y refuerza el consentimiento prestado al amparo de esta norma a partir de la cual se integra y refuerza el consentimiento prestado al amparo de esta norma a partir de la cual se crea el título de atribución de la paternidad» (*fundamento de derecho* 3.º.5). Por tanto, el consentimiento prestado en la clínica permite sustentar la acción de reclamación de la filiación.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Pleno de la Sala de lo Civil, de 15 de enero de 2014<sup>47</sup> que, está relacionada con el recurso número 1334/2008 resuelto por esta Sala en sentencia de 12 de mayo de 2011<sup>48</sup> atribuyendo a la aquí recurrente un régimen de relaciones personales como «allegada» con el menor. Precisamente, esta sentencia de mayo de 2011 parte del concepto de unidad familiar de los textos internacionales europeos y señala que «aunque no puede hablarse de relaciones jurídicas, la filiación no se ha establecido ni en este caso pudo establecerse dado los requerimientos de la LTRHA en su artículo 7.3 modificado en el 2007, en cambio sí debe considerarse que, como se ha dicho antes, existió una unidad familiar entre las dos convivientes y el hijo biológico de una de ellas». A continuación, en el *fundamento de derecho* 6.º reconoce que, la posibilidad legal de doble maternidad no podía aplicarse en este caso, pues ambas convivientes no estaban casadas. Sin embargo, atendiendo al interés del menor mantiene el régimen de relaciones personales amplias entre el niño y la demandante otorgado por la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, sección 1.ª, de 22 de abril de 2008. En esta sentencia de 15 de enero de 2014 se reclama la determinación de la filiación por posesión de estado.

Pues bien, el Tribunal Supremo en esta sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil, entiende que, ya en la sentencia de 5 de diciembre de 2013 se determinó la



plena compatibilidad de la LTRHA y del Código Civil y la posesión de estado como presupuesto para la legitimación del ejercicio de la acción de reclamación por la vía del artículo 131 del Código Civil y de la filiación reclamada (art. 767.3 de la LEC); por lo que el consentimiento prestado con ocasión del empleo de las técnicas de reproducción asistida integra y refuerza la posesión de estado de la mujer homosexual tanto en el plano de su función legitimadora del ejercicio de la acción como en su faceta de medio de prueba de la filiación reclamada. Además, señala que, el consentimiento de la mujer casada como título de determinación legal de la filiación, en sí mismo considerado, debe referenciarse, con mayor amplitud, en los principios que inspiran su regulación en el marco constitucional de las acciones de filiación.

En relación con la posesión de estado, los consentimientos prestados con ocasión del empleo de las técnicas de reproducción asistida, claramente acreditados de los hechos obrantes y que llevó a la madre biológica a poner como segundo nombre del niño el primer apellido de su pareja, como antecedente o causa de la filiación reclamada, integran y refuerzan la posesión de estado de la mujer homosexual tanto en el plano de su función legitimadora del ejercicio de la acción, como en su faceta de medio de prueba de la filiación reclamada («*nomen*»).

En este caso, se añade que, resulta probado el propósito común de ambas mujeres para recurrir a la técnica de reproducción asistida, así como la existencia de una posterior unidad familiar entre las dos convivientes y el hijo biológico de una de ellas, el consentimiento prestado en su momento, por la conviviente que no es la madre biológica del menor, vino investido por un claro interés moral o familiar plenamente legitimado en su aspiración de ser madre, cuya efectividad depende, precisamente, del éxito de la acción entablada.

En lo relativo al «*tractatus*», hay que señalar que, la sentencia de Pleno de esta Sala, de 12 de mayo de 2011, —que trae a colación como antecedente necesario del presente caso la sentencia de 15 de enero de 2014 y conforme también a lo constatado por ambas instancias en dicho procedimiento— declara unos hechos reveladores de la posesión de estado ahora alegada, entre otros, que existió una unidad familiar entre las dos convivientes y el hijo biológico de una de ellas, que la relación o trato con dicho hijo desde su nacimiento fue de madre y que resultó beneficiosa y complementaria para el niño, que así la reconocía. Hechos no desacreditados por la sentencia recurrida que reconoce, conforme a lo probado en autos que «tanto la madre biológica como la demandante se han preocupado del menor con igual dedicación» o que resulta acreditado que «durante un tiempo actuó como madre». En definitiva, hechos reveladores del «*tractatus*» como elemento impulsor de la posesión de estado, particularmente en los supuestos de reclamación de filiación no matrimonial, como en el presente caso (sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 17 de marzo de 1995; y 10 de noviembre de 2003)<sup>49</sup>.

Ahora bien, frente a ello, se señala por el Tribunal Supremo en esta sentencia de 15 de enero 2014 que, las consideraciones de la sentencia de apelación se aparta de la esencia del objeto de debate, pues que, la sentencia de Pleno citada, de 12 de mayo de 2011 considere que «la demandante no es la madre del menor» es una consecuencia lógica de la pretensión ejercitada en su momento, que no fue la reclamación de la filiación, sino el derecho de visitas, previamente establecido por el Juzgado de Instrucción número 2 de Talavera. En parecidos términos, respecto de la referencia de la citada sentencia a la inaplicación del artículo 7.3 de la LTRHA que, en el presente caso, tal y como se ha justificado, resulta innecesaria en el curso de la acción de filiación no matrimonial aquí interesada.

En todo caso, el interés superior del menor representa un control o contrapeso para advenir el alcance del consentimiento prestado por la conviviente de la madre biológica.

Pues bien, concluye que, en el presente caso, y en orden a la viabilidad de la acción ejercitada, debe concluirse, a la luz de los informes técnicos realizados, que ambas facetas concurren de forma positiva en la relación de familiaridad del menor con la demandante.

Frente a esta sentencia se formula voto particular por los magistrados D. Francisco MARÍN CASTÁN, D. Antonio SALAS CARCELLER y D. Ignacio SANCHO GARGALLO. Señalan, al respecto que, con absoluto respeto a la decisión de la mayoría de los magistrados de la Sala, discrepan de los términos de la sentencia y de los fundamentos que la justifican, por diversas razones que, en síntesis, son las siguientes:

- 1.<sup>a</sup> No se respetan los hechos probados en su totalidad.
- 2.<sup>a</sup> Las sentencias de esta Sala citadas como precedentes conducen a la solución opuesta, es decir, a la desestimación del recurso.
- 3.<sup>a</sup> Se prescinde de aplicar al caso la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida modificada por la Ley 3/2007, de 15 de marzo, cuando resulta que el recurso de casación, presentado el 5 de marzo de 2012, se amparaba en el apartado 3 del artículo 477 LEC al invocarse el interés casacional en su modalidad de aplicación de norma con no más de cinco años en vigor y sobre la que no existía doctrina jurisprudencial.
- 4.<sup>a</sup> En cambio, aun cuando en el fundamento de derecho tercero se diga que «la perspectiva de análisis (...) no tiene por objeto la valoración de la posesión de estado de filiación, considerada en sí misma, ya como medio de determinación de la filiación, propiamente dicho, o bien como título de legitimación de la misma (...)», sino que se centra, más bien, «en las facetas o funciones que esta figura desempeña en el curso de la determinación judicial de la filiación», lo cierto es que, materialmente, el único fundamento de la estimación del recurso acaba siendo la posesión de estado.
- 5.<sup>a</sup> Este único fundamento en la posesión de estado no se ajusta a las previsiones de nuestro ordenamiento jurídico para casos como el presente.
- 6.<sup>a</sup> Tanto los principios constitucionales que se citan en el apartado 3 del fundamento de derecho segundo, como el interés superior del menor que se invoca en el mismo apartado, tendrían que haber determinado la desestimación del recurso en vez de su estimación.

Sobre tales bases hay que señalar que, el voto particular a la sentencia de los tres magistrados se sustenta en la no procedencia de la reclamación de la filiación por posesión de estado al no darse los requisitos o elementos relativos a la misma, además de por el hecho que, esta no acredita por sí la filiación, sino que constituye una mera situación fáctica que, permite presumir quiénes pueden ser los progenitores, sin que encuentre encaje con este nuevo título de determinación de la filiación que, se basa en el mero consentimiento de la mujer casada con la madre receptora de la reproducción asistida.

Además, sobre la base del carácter excepcional del artículo 7.3 de la LTRHA se indica que, la regulación que se sigue para el caso de relaciones entre personas del mismo sexo que sean mujeres, de las que una decida tener hijos mediante la aplicación a sí misma de las técnicas de reproducción asistida, supedita la relación de filiación entre la persona que nazca y la otra mujer a que esta última esté casada con la madre biológica y no se encuentre separada de ella legalmente o de hecho.

Por lo que, se determina necesariamente por el consentimiento de la mujer, cumplidos unos determinados requisitos; de forma que, si por las razones que sean ese consentimiento no se prestó en su día, ahora no es posible hacerlo y, en consecuencia, no cabe invocar la posesión de estado para justificar por sí, al amparo del artículo 131 del Código Civil. Desde el momento en que la determinación de la filiación *ex* artículo 7.3 de la LTRHA depende del consentimiento de la mujer y, en ningún caso, puede exigírsele ni en ese momento, ni después, pasados unos años en que *de facto* hubiera desarrollado las funciones propias de una madre, la posesión de estado no puede contribuir a presumir que exista esta filiación, al margen de que quien pretenda ahora reclamarla sea la mujer.

Sobre tales bases, 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, prosperasen 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 demandada y el interés en juego de los menores en preservar la relación con una persona a la que tenían como madre. Y, asimismo, la sentencia de 5 de diciembre de 2013 interpretó que, la regla del artículo 131 del Código Civil que atribuye a la posesión de estado el papel de presupuesto de legitimación para el ejercicio de la acción, resulta aplicable al ámbito de la filiación derivada del empleo de técnicas de reproducción asistida. En este caso, partiendo de la acreditación de la posesión de estado de la filiación que, para la citada resolución reforzó el consentimiento prestado por la no gestante en la clínica, la Sala resuelve, atendiendo al interés de las niñas nacidas (y cuya filiación reclamaba la excónyuge de la madre) junto a la de la otra hija (previamente adoptada por la no gestante) y el interés «de la unidad y estabilidad familiar entre las tres hermanas que preserve las vinculaciones ya conseguidas entre todas» (*fundamento jurídico* 3 núms. 6 y 7). En fin, con referencia a la anterior, la sentencia de 15 de enero de 2014, partiendo de la posesión de estado como título legitimador para el ejercicio de la acción y como medio de prueba de la filiación, valora, asimismo, el interés del menor en que continúe y una relación que se había prolongado durante tres años, en un caso en que se afirma que existió una unidad familiar entre las dos convivientes y el hijo biológico de una de ellas, que la relación o trato con dicho hijo fue de madre y que resultó beneficiosa y complementaria para el niño que, así la reconocía (*fundamentos jurídicos* 2 y 3).

De todas formas, procede precisar que, 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). Ciertamente, la Sala de lo Civil se ha valorado 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 el caso que, se juzga en la sentencia de 27 de enero de 2022 el recurso de la madre debe ser estimado y al asumir la instancia, la demanda de reclamación de maternidad extramatrimonial por posesión de estado interpuesta por quien fuera su pareja y luego su esposa, ha de ser desestimada. En particular, puesto que se trata de reclamar una filiación extramatrimonial no determinada, no sería exigible el *nomen* en el sentido estricto que el niño usará 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 la madre; e, igualmente, resulta 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 encadenados de los que resulte el goce público de una relación de filiación. Cuando el artículo 131 del Código Civil exige que la posesión de estado sea «constante» no añade nada que, no resulte ya del propio concreto de posesión de estado, que requiere un grado de persistencia, actos continuados, reiterados, como hemos analizado en líneas precedentes, que no se dan en este supuesto.

Ciertamente, las sentencias de instancia han valorado de forma decisiva la existencia de un proyecto común de los litigantes de formar una familia que, habría manifestado en la prestación del consentimiento en la clínica y en los actos inmediatamente posteriores al nacimiento. Recordemos que, 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 las técnicas de reproducción asistida, cuando se presta con los presupuestos y requisitos legales; pero que, 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.

En particular, la sentencia recurrida ha considerado acreditada la constante posesión de estado valorando el tiempo de convivencia transcurrido desde el nacimiento del niño hasta la separación de las dos mujeres, que atendiendo a su brevedad y a las circunstancias concurrentes no puede considerarse de entidad suficiente como para conformar una relación de maternidad vivida. Además, la sentencia recurrida, confirmando el criterio de la sentencia del juzgado, ha restado relevancia a los actos posteriores al nacimiento, cuando en realidad resultan decisivos para apreciar, si existe una persistencia y constancia en el comportamiento como madre a efectos de apreciar la posesión de estado. Se constata como realidad que, tras la separación, la relación se ha limitado a contactos esporádicos, más propios de la amistad con la madre; no obstante, tiempo después del divorcio la demandante quiso recuperar la relación a la que había puesto fin; queriendo, además, tener una relación de maternidad con el niño que no fomentó con su comportamiento de relación no continua con el menor.

Por otra parte, la demandante abandonó todo intento de solicitar medidas personales y patrimoniales respecto del niño en el procedimiento de divorcio; lo que, asimismo, permite cuestionar la constancia y continuidad en la relación materno-filial. En todo caso, el que efectuara unas transferencias a una cuenta propia y según su disponibilidad económica en concepto de ahorro; en espera, según manifestó que, la madre proporcionara una cuenta; tampoco comporta 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.

A esto hay que añadir que, la sentencia da por supuesto el interés del menor que queda tutelado por el hecho que, como consecuencia de la estimación de la demanda, el cumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad recayese en dos personas. Sin embargo, para la Sala no es esa una valoración concreta del interés del menor que, conduzca a la estimación de una relación de maternidad, porque desde ese punto de vista todas las acciones de reclamación de paternidad

y maternidad respecto de menores deberían ser estimadas en base a tal argumento, aunque no se dieran sus presupuestos legales y jurisprudenciales exigidos.

Ahora bien, el comportamiento de D.<sup>a</sup> Elsa tampoco se ajusta a los criterios que se han adoptado por esta misma Sala en las citadas sentencias 740/2013 y 836/2013, que atendieron al interés de los menores de preservar la unidad y estabilidad familiar derivadas de una relación materno filial. En el presente caso, no se da esa situación de una relación jurídica que, no se basa en un vínculo biológico y, además, no se constata una continuada y vívida relación materno filial de la demandante (D.<sup>a</sup> Elsa) con el niño que, desde hace años, es cuidado exclusivamente por su madre (no hay posesión de estado).

En esta línea, la sentencia de 11 de julio de 2022 recordando la sentencia 45/2022, de 27 de enero en la que se afirmó la necesidad de una revisión de conjunto del sistema de filiación que encaje de manera adecuada la derivada del uso de técnicas de reproducción asistida, tanto por lo que se refiere a la determinación extrajudicial como a las acciones judiciales de reclamación e impugnación, para resolver un recurso referido a reclamación de la maternidad no biológica por quien fue pareja de la madre, por lo que se ha de estar a la deficiente regulación vigente y a la jurisprudencia de la sala adaptada a las circunstancias del caso.

La Ley 14/2006 en su redacción original no se ocupó de la doble maternidad, ni la Ley 3/2007 que adicionó un apartado 3 al artículo 7 de la Ley 14/2006 para permitir la doble maternidad legal sin adopción.

Con ello, 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). Si bien, las sentencias de esta misma 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.

En el caso que juzga el recurso de la madre debe ser estimado y, al asumir la instancia, siendo desestimada por el contrario la demanda de reclamación de maternidad extramatrimonial por posesión de estado interpuesta por quien fuera su pareja, desestimada.

Ciertamente, la maternidad por naturaleza de la demandada quedó determinada por el parto (artículo 120 del Código Civil). Por el contrario, con arreglo al derecho vigente aplicable, no pudo haber determinación de la maternidad a favor de la demandante. En ese momento, el artículo 7.3 de la LTRA permitía la determinación de la maternidad de la mujer casada con la madre que consintiera ante el encargado del Registro Civil que se determinara respecto de ella la filiación cuando el niño naciera. En el caso, demandante y demandada nunca han contraído matrimonio, la demandante no prestó su consentimiento para que quedara determinada su maternidad, ni inició la única vía entonces posible para la determinación de la filiación, la adopción; lo que ha justificado diciendo que era muy caro.

De acuerdo con la jurisprudencia expuesta, sintetizada por la sentencia 267/2018, de 19 de mayo, se reitera por la Sala de lo Civil que, 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 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 encadenados de los que resulte el goce público de una relación de filiación. Cuando el artículo 131 del Código Civil 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.

La sentencia recurrida ha valorado como decisivos hechos que, a juicio de esta Sala, y en atención a las circunstancias, no lo son y, sin desvirtuar la realidad afirmada por el juzgado, ha prescindido de hechos relevantes que, junto a otros, tienen su trascendencia (la titularidad de una tarjeta de familia monoparental y los carnets individuales de la madre y el hijo que reflejan el modelo de familia que integran; la tarjeta sanitaria del hijo con los apellidos de su madre; que el niño llamara “papá” a Raimundo, pareja de su madre).

Al respecto no se niega que demandante y demandada tuvieran una relación sentimental ni que la demandante sintiera afecto y cariño por el hijo de su compañera, incluso después de su ruptura como pareja, pero ello no determina que sea su madre.

Por lo que, a juicio de esta Sala, es fácil advertir que toda la relación de la demandante con el niño se ha basado en la decisión de la madre, quien velando por lo que consideró ajustado al interés de su hijo, permitió esa relación y, posteriormente, una vez que consideró que no era beneficiosa para él, decidió ponerle fin.

En el modelo de relaciones convivenciales existentes tanto entre las partes como con terceras personas, a partir de los hechos acreditados, se advierte que la unidad familiar estaba constituida por la madre y su hijo. Ha sido la voluntad de la madre la que ha permitido compartir un espacio afectivo con quien mantenía una relación sentimental (primero, con quien era su pareja cuando nació el niño, la ahora demandante, y luego con su pareja posterior, Raimundo, a quien según considera acreditado el juzgado, el niño llama padre, cuando por su edad más avanzada sabe que no lo es).

Esa relación afectiva y convivencial incluye a la hija de la demandante, lo que sin duda refuerza la valoración por parte de la demandada de que su hijo no se viera privado de un entorno afectivo del que disfrutó cuando convivieron, incluso cuando ya no eran pareja ambas mujeres. La trascendencia que la sentencia recurrida otorga a la fantasía infantil de la hija de la demandante (nacida en 1995 de otra relación) de tener un hermano o hermana cuando quedó embarazada la demandada, no es, precisamente, determinante de una relación de maternidad del niño con la demandante. Así también lo confirma el que se diga que la hija de la demandante consideraba como madre también a la demandada, lo que indudablemente no convierte a esta en su madre, ni razonablemente nadie lo ha pretendido. Sobre tales bases, en este entorno convivencial, los usos del lenguaje utilizados por el entonces niño y la adolescente no son determinantes de una posesión de estado de madres de las partes en este procedimiento, ni de la demandada respecto de la hija de la demandante ni de la demandante respecto de Fidel.

En la sentencia recurrida se ha prestado más atención a las manifestaciones de terceros (la mayoría, personas del círculo familiar cercano de la demandante, una amiga, y una madre del colegio, que no tienen un conocimiento sino sesgado de la relación) que, al comportamiento de la actora, difícilmente compatible



con la afirmación de una maternidad vivida de forma constante y sin fisuras. La sentencia recurrida no ha valorado las contradicciones en el actuar de la demandante, pues no solo no consintió la inseminación, ni realizó intento alguno de que posteriormente quedara determinada la filiación por las vías legales disponibles (alegando que no era posible porque todavía estaba casada con una pareja anterior o que la adopción era muy cara), sino que no ha asumido gastos del menor, porque según dice no se le pidieron e, incluso, cuando ejerce 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. Ello, evidentemente, no comporta 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.

En este contexto, ciertamente se ha de poner de manifiesto que, el artículo 7.3 de la LTRHA señala el valor que, tiene el consentimiento de la mujer no gestante prestado sin exigencia temporal, y que se aplica en caso de matrimonio homosexual entre mujeres, siempre que esté vigente el mismo, y no haya separación legal o, de hecho. Opera sobre la base de una ficción legal, donde la verdad biológica no coincide con la jurídica; de ahí su carácter excepcional como título de determinación de la filiación. Por lo que, en este supuesto excepcional de determinación la verdad biológica viene a ser sustituida por un criterio voluntarista. El artículo 131 del Código Civil tiene como principal efecto la determinación de la doble maternidad por otra vía distinta del artículo 7.3 de la LTRHA. Regula la acción de reclamación de la filiación en base al interés legítimo de la reclamante y sobre la base de una constante posesión de estado. En la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2013 se pretende reconocer una filiación matrimonial; en la sentencia de este mismo Alto Tribunal de 15 de enero de 2014 una filiación extramatrimonial, pues, no existe matrimonio entre ambas mujeres, y en la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2022 también una filiación extramatrimonial al no existir en ese momento matrimonio que, se contrae *a posteriori*; y, en la sentencia de 11 de julio de 2022 Estibaliz admite que fue pareja de la demandante, pero niega que existiera un proyecto común relacionado con la maternidad, que fue una decisión suya porque siempre había querido ser madre, y que cuando tomó la decisión la relación de pareja ya no funcionaba, y que de hecho cuando acudió a la clínica solo ella firmó el consentimiento informado. Además, demandante y demandada nunca han contraído matrimonio, la demandante no prestó su consentimiento para que quedara determinada su maternidad, ni inició la única vía entonces posible para la determinación de la filiación, la adopción, lo que ha justificado diciendo que era muy caro.

En las dos primeras resoluciones parece primar el consentimiento, y por ende, el criterio voluntarista, junto con la posesión de estado que, justifican el ejercicio de esta acción de reclamación. Por otra parte, en los supuestos analizados en las tres resoluciones la gestación se ha conseguido mediante la aplicación de las técnicas de reproducción asistida. Es posible que, esta tenga lugar con el óvulo perteneciente a la madre gestante, o bien a la madre no gestante o a una tercera y en todos los casos con donación de semen. En el segundo de los supuestos aludidos, permite la participación biológica de ambas progenitoras; si bien, la madre no gestante deberá prestar su consentimiento sobre la base prevista en el artículo 7.3 de la LTRHA. Ahora bien, con independencia de la procedencia

biológica del óvulo fecundado, la base sobre la que se sustenta la determinación legal de la filiación atendiendo al citado artículo 7.3 es la voluntad de querer ser madres, manifestado por la madre no gestante en el consentimiento a asumir tal condición. En este supuesto excepcional de determinación legal de la filiación matrimonial la verdad biológica se sustituye por un criterio voluntarista —el consentimiento prestado—.

Sobre tales bases, el ejercicio de la acción judicial de reclamación prevista en el artículo 131 del Código Civil tiene como principal efecto la determinación de la doble maternidad por una vía distinta del artículo 7.3 de la LTRHA. Por tanto, el ejercicio de tal acción de reclamación se puede ejercitar, siempre que en la demandante —legitimada activa— exista un interés legítimo; posesión de estado y, que el ejercicio de esta acción no contradiga otra filiación legalmente determinada. Ahora bien, se tienen en cuenta en los tres pronunciamientos tanto el interés legítimo de la demandante como el interés superior del menor; si bien, con predominio de este último sobre cualquier otro. Precisamente, en la sentencia de 15 de enero 2014 se refiere al interés del menor y su proyección sobre la protección de la vida familiar que, alcanza sin distinción a las relaciones familiares con independencia de la naturaleza matrimonial o no de la misma, o al hecho de la generación biológica tomado como principio absoluto en sí mismo considerado; de forma que, incide en la existencia del lazo de familiaridad establecido con el niño permitiendo o favoreciendo su desarrollo conforme al libre desarrollo de la personalidad del menor. Asimismo, destaca la sentencia de 27 de enero de 2022 que, «como recuerda la sentencia de 7 de junio de 2018 el interés del menor tiene aspectos casacionales (sentencia de 28 de septiembre de 2009)<sup>50</sup> y no se trata a través de este cauce de cuestionar la valoración de la prueba, ni atacar los hechos, sino de revisar la valoración que de este interés hace la sentencia a partir de los hechos que han quedado probados. La determinación del mayor beneficio para el menor ha de tratarse de la valoración de una calificación jurídica que, puede ser, en definitiva, objeto de una revisión en casación», a lo que añade que «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)». Por lo que «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 queda mejor protegido por la determinación de la doble maternidad, convirtiendo en legal una filiación vívida manifestada por constante posesión de estado».

Igualmente, indica la sentencia de 11 de julio de 2022 que, como se señaló en la sentencia 45/2022, de 27 de enero no puede darse por supuesto que el superior interés del menor quede tutelado por el hecho de que, como consecuencia de la estimación de la demanda, el cumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad recaería en dos personas. No es esa una valoración correcta del interés del menor que conduzca a la estimación de una reclamación de maternidad, porque 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.

Tampoco se ajusta a los criterios que ha adoptado la Sala en las citadas sentencias 740/2013, de 5 de diciembre y 836/2013, de 15 de enero de 2014, que

atendieron al interés de los menores de preservar la unidad y estabilidad familiar derivadas de una relación materno filial. En el presente caso no se da esa situación, ni se ve el beneficio que reportaría para la estabilidad personal y familiar del niño la creación por sentencia de una relación jurídica que no se basa en un vínculo biológico y que no preserva una continuada y vívida relación materno filial de la demandante con el ya adolescente. Por otra parte, como indica el Ministerio Fiscal en su escrito de apoyo al recurso de casación interpuesto por la madre, el desarrollo legislativo del principio básico del interés superior del menor está contenido en el artículo 2 de la LOPJM. Por lo que, en este caso, la constancia en el informe psicosocial del discurso argumentado de las razones por las que Fidel no quiere mantener la relación con la demandante, no puede dejar de valorarse, como incorrectamente ha hecho la sentencia recurrida, a la hora de estimar la acción de determinación de la maternidad reclamada. De forma que, resulta improcedente y contrario al interés del menor que, tras no haber quedado determinada la filiación por el cauce legal previsto para ello, se fije judicialmente cuando no solo no resulta de una constante relación de maternidad vívida, sino que además es contraria a la voluntad, los deseos, sentimientos y opiniones de un menor ya adolescente, a quien debe reconocerse su derecho a participar en las decisiones progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en una etapa tan fundamental para su vida.

Por estas razones, el recurso de casación se estima por la Sala, y por las mismas razones se desestima 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.

En este contexto, la posesión de estado, a tenor del artículo 131 del Código Civil, representa un medio de acreditación de la filiación no de determinación<sup>51</sup> y los elementos que la componen son, como hemos señalado, el «*nomen*», el «*tracatus*» y la «fama» o «*reputatio*». A tenor del artículo 767.3 de la LEC la posesión de estado es un hecho que permite al juez declarar la paternidad o maternidad, cuando no halla prueba directa de la filiación. El «*nomen*» o «*nominatio*» que implica el uso por el hijo de forma habitual del apellido del supuesto progenitor. Precisamente, respecto a este requisito, conviene recordar que, en la sentencia de 5 de diciembre de 2013 en los antecedentes fácticos se establece que, ambas partes firman el consentimiento informado para la fecundación. El día 14 de diciembre de 2007 nacen los menores M y V y son inscritos con la sola filiación materna y con los apellidos de la madre en el mismo orden que esta los ostenta, la cual inicia ante el Registro Civil expediente de rectificación de error de las inscripciones registrales de los menores practicados, a efectos que se rectifique el error que según refiere, existe en las mismas en cuanto al estado civil de la madre biológica que, no es soltera, sino casada y para que se identifique a su cónyuge a los efectos de la patria potestad y la designación de apellidos de los dos menores. Si bien, el expediente de rectificación de error acaba por auto de 5 de marzo de 2008 en el que se acuerda la rectificación parcial, únicamente respecto del estado civil de la madre biológica, no accediendo al resto de la solicitud interesada. Es, por ello, por lo que la progenitora interpone contra dicho auto recurso de apelación que, fue resuelto por la Dirección General de los Registros y del Notariado mediante resolución de 26 de noviembre de 2008 desestimatorio íntegramente del recurso. En este caso, no llega a ostentar los apellidos de la madre no biológica. En la sentencia de enero 2014 que —está relacionado recordamos, con el recurso número 1334/2008 resuelto por la Sala

de lo Civil del Tribunal Supremo en sentencia de 12 de mayo de 2011 en la que se atribuye a la recurrente un régimen de relaciones personales como «allegada» con la menor—, se estima la demanda, al amparo del artículo 131 del Código Civil, al considerar acreditada la posesión de estado, pues, atiende al nombre compuesto del menor en que se incorpora como nombre el apellido de la reclamante «Esteban».

En cuanto al «*tractatus*» comportamiento de carácter fáctico o material y afectivo que tiene una proyección *ad intra*. En la sentencia de 15 de enero de 2014 sobre la base de la sentencia de 12 de mayo de 2011 que, resulta antecedente necesario en los términos apuntados, se declara unos hechos reveladores de la posesión de estado, como que, existió una unidad familiar entre las dos convivientes y el hijo biológico de una de ellas, que, la relación o el trato con dicho hijo desde el nacimiento fue de madres y que resultó beneficioso y complementario para el hijo, que así lo reconocía. Hecho no desacreditado, pues, conforme a lo probado en autos «tanto la madre biológica como la demandante se han preocupado del menor con igual dedicación», o que resulta acreditado que «durante un tiempo actuó como madre». En definitiva, hechos reveladores del «*tractatus*». Por su parte, en la sentencia de 5 de diciembre de 2013 se indica que, la prestación del consentimiento para llevar a cabo las técnicas de reproducción asistida «constituye la voluntad libre y manifestada por ambas litigantes del deseo de ser progenitores» y que «dicho consentimiento ha de ser apreciado, aunque la posesión de estado hubiera sido escasa o no suficientemente acreditada como de ordinario se exige».

Finalmente, en cuanto a la «fama» o «*reputatio*» —trato dado por el presunto padre o madre al hijo que, ha de ser notorio—, en la sentencia de 15 de enero de 2014 se pone de manifiesto la existencia de una relación de pareja pública y notoria de Doña María Virtudes y Doña Eufrasia desde enero de 1996 hasta junio de 2006 sin matrimonio. Además, sobre la base de la sentencia de 2011 se señala que, constituyen una unidad familiar «aunque no puede hablarse de relación jurídica y la filiación no se ha establecido, ni, en este caso, pudo establecerse dados los requerimientos de la LTRHA en su artículo 7.3 modificado en 2007; en cambio sí debe considerarse que existió una unidad familiar entre las dos convivientes y el hijo biológico de una de ellas». En el *fundamento de derecho sexto* de la sentencia de 2011 se reconoce que no se puede aplicar el artículo 7.3 porque no estaban casadas. Sin embargo, atendiendo al interés del menor mantiene el régimen de relaciones personales amplio entre el niño y la demandante.

Sobre tales bases, la sentencia de 27 de enero de 2022 destaca que en relación con el *tractatus* resulta imprescindible que los actos de atención y asistencia del hijo comporten el cumplimiento propio de madre, e, igualmente, es necesario que concurra la fama, esto es, una exteriorización constante de la relación de estado; de modo que, conforme una apariencia de filiación creada por el ejercicio constante de sus potestades y deberes. Asimismo, resulta necesario que, consten de manera continua y actual hechos públicos repetidos y encadenados de los que resulte el goce público de una relación de filiación. Se exige, en esencia, que la posesión de estado sea «constante», requiere un grado de persistencia, actos continuados, reiterados que, en el caso objeto de juicio, no se dan. Así, los actos posteriores al nacimiento son decisivos para apreciar si existe una persistencia y constancia en el comportamiento como madre a efectos de apreciar la posesión de estado. Tras la separación, la relación se ha limitado a contactos esporádicos que, no representan una relación de maternidad con el niño; además, como se ha expuesto, D.<sup>a</sup> Elsa no ha solicitado medidas personales y patrimoniales en el

procedimiento de divorcio en relación al menor. Solamente, ha efectuado una transferencia a una cuenta propia, en concreto de ahorro, en espera que la madre le proporcionase una cuenta y, después del divorcio ha querido recuperar la relación con la madre biológica a la que había puesto fin. Pues bien, tales circunstancias no comportan para la Sala una realidad lo suficientemente integradora de una posesión de estado de quien pretende asumir una relación materno-filial, determinada, precisamente, en las necesidades ordinarias y diarias de sus hijos y, con una constancia, continuidad y exteriorización que, necesita tal relación. En realidad, D.<sup>a</sup> Elsa no tiene para el Alto Tribunal intención de comportarse en ningún momento como madre. Por lo que, no se cumple con alguno de los tres elementos clásicos de la posesión de estado.

Por su parte, en la sentencia de 11 de julio de 2022 en la 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 encadenados de los que resulte el goce público de una relación de filiación. Cuando el artículo 131 del Código Civil 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. Sobre tales bases, la sentencia recurrida ha valorado como decisivos hechos que, a juicio de esta Sala, y en atención a las circunstancias, no lo son y, sin desvirtuar la realidad afirmada por el juzgado, ha prescindido de hechos relevantes que, junto a otros, tienen su trascendencia (la titularidad de una tarjeta de familia monoparental y los carnets individuales de la madre y el hijo que reflejan el modelo de familia que integran; la tarjeta sanitaria del hijo con los apellidos de su madre; que el niño llamara «papá» a Raimundo, pareja de su madre).

Por otra parte, no se niega que demandante y demandada tuvieran una relación sentimental, ni que la demandante sintiera afecto y cariño por el hijo de su compañera, incluso después de su ruptura como pareja, pero ello no determina que sea su madre.

Por lo que, a juicio de esta Sala es fácil advertir que toda la relación de la demandante con el niño se ha basado en la decisión de la madre, quien velando por lo que consideró ajustado al interés de su hijo, permitió esa relación y, posteriormente, una vez que consideró que no era beneficiosa para él, decidió ponerle fin. Además, la sentencia recurrida ha prestado más atención a las manifestaciones de terceros (la mayoría, personas del círculo familiar cercano de la demandante, una amiga, y una madre del colegio, que no tienen un conocimiento sino sesgado de la relación), que al comportamiento de la actora, difícilmente compatible con la afirmación de una maternidad vivida de forma constante y sin fisuras. La sentencia recurrida no ha valorado las contradicciones en el actuar de la demandante, pues no solo no consintió la inseminación, ni realizó intento alguno de que posteriormente quedara determinada la filiación por las vías legales disponibles (alegando que no era posible porque todavía estaba casada con una pareja anterior o que la adopción era muy cara), sino que no ha asumido 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. Ello, evidentemente, no comporta 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.

En este contexto, procede señalar que, mientras el Tribunal Supremo en los dos primeros pronunciamientos señalados, opera sobre la voluntariedad y el deseo de ser madres de ambas progenitoras, junto a la posesión de estado; lo que, posibilita que, se pueda determinarse la filiación en caso de parejas homosexuales de mujeres, casadas o no, mediante el ejercicio de la acción de reclamación prevista en el artículo 131 del Código Civil, cuando se den los requisitos que exige la redacción del mismo. En el último pronunciamiento del Alto Tribunal, aunque también se alude a la voluntariedad y el sentimiento de querer ser madres; la acción de reclamación por posesión de estado, sin embargo, no procede no solo porque no se ajusta a los criterios que, ha adoptado esta misma Sala en las dos primeras sentencias citadas —que atendieron al interés de los menores de preservar la unidad y estabilidad familiar derivadas de una relación materno filial—, sino también porque, además de no darse esa situación, no se ve tampoco el beneficio que ha de reportar a la estabilidad personal y familiar del niño, la creación por sentencia de una relación jurídica familiar que no se basa en el vínculo biológico y, que no preserva una continuada y vívida relación materno filial de la demandante (D.<sup>a</sup> Elsa) con el niño que, desde hace años es cuidado exclusivamente por la madre biológica. Lo cierto es que, el menor ha vivido desde que las partes se separaron en octubre de 2015 solo con su madre, por lo que, es esta estabilidad la que hay que ponderar y proteger. D.<sup>a</sup> Elsa ni ha solicitado la rectificación de los apellidos del menor cuando estaban juntas, ni tampoco ha instado medidas personales, ni patrimoniales respecto de aquel cuando se divorciaron; ni, en fin, existen pruebas de haber cuidado del niño, por ejemplo, haberle llevado al médico. De estos hechos, a los que además se ha de añadir, la no implicación económica, ni personal con el niño de la madre no biológica y, la existencia de actos esporádicos de relación con el menor, llevan a esta Sala de lo Civil para no apreciar la existencia de posesión de estado que, legitime la acción de reclamación de la filiación materna; que, como bien sabemos, aquella exige actos continuados y constantes de asistencia económica y personal de quien reclama su condición de madre respecto del hijo menor de edad.

Asimismo, indica la sentencia de 11 de julio de 2022 que, en el modelo de relaciones convivenciales existentes tanto entre las partes como con terceras personas, a partir de los hechos acreditados, se advierte que la unidad familiar estaba constituida por la madre y su hijo. Ha sido la voluntad de la madre la que ha permitido compartir un espacio afectivo con quien mantenía una relación sentimental (primero, con quien era su pareja cuando nació el niño, la ahora demandante, y luego con su pareja posterior, Raimundo, a quien según considera acreditado el juzgado, el niño llama padre, cuando por su edad más avanzada sabe que no lo es).

Esa relación afectiva y convivencial incluye a la hija de la demandante, lo que sin duda refuerza la valoración por parte de la demandada que su hijo no se viera privado de un entorno afectivo del que disfrutó cuando convivieron, incluso cuando ya no eran pareja ambas mujeres. La trascendencia que la sentencia recurrida otorga a la fantasía infantil de la hija de la demandante (nacida en 1995 de otra relación) de tener un hermano o hermana cuando quedó embara-



zada la demandada no es determinante de una relación de maternidad del niño con la demandante. Así lo confirma el que se diga que la hija de la demandante consideraba como madre también a la demandada, no la convierte en su madre, ni razonablemente nadie lo ha pretendido. Por lo demás, en este entorno convivencial, los usos del lenguaje utilizados por el entonces niño y la adolescente no son determinantes de una posesión de estado de madres de las partes en este procedimiento, ni de la demandada respecto de la hija de la demandante, ni de la demandante respecto de Fidel.

Por lo que, la sentencia recurrida ha prestado más atención a las manifestaciones de terceros; que el comportamiento de la actora, difícilmente compatible con la afirmación de una maternidad vivida de forma constante y sin fisuras. La sentencia recurrida no ha valorado las contradicciones en el actuar de la demandante, pues no solo no consintió la inseminación, ni realizó intento alguno de que posteriormente quedara determinada la filiación por las vías legales disponibles (alegando que no era posible porque todavía estaba casada con una pareja anterior o que la adopción era muy cara), sino que no ha asumido gastos del menor, porque según dice no se le pidieron.

En esencia, la acción de reclamación de maternidad por la pareja sentimental de la madre biológica no procede, pues, la demandante no prestó su consentimiento en el empleo de técnicas de reproducción asistida, ni inicio trámites de adopción. Tampoco se aprecia la existencia de posesión de estado respecto de quien como madre asume las necesidades ordinarias y diarias de sus hijos/as con los requisitos de constancia y exteriorización que precisan.

Por otra parte, en una correcta valoración del interés superior del menor, atendiendo a su voluntad, deseos, sentimientos y opiniones, tras no haber quedado determinada la filiación por el cauce legal previsto para ello, procede señalar que no parece adecuado fijar judicialmente una maternidad, si además, de no existir una constante relación de filiación, es contraria a la voluntad, deseos y sentimiento del menor ya adolescente, Fidel; a quien se le reconoce el derecho a participar en las decisiones que le afecten progresivamente en función de su madurez, desarrollo y evolución personal, en una etapa tan fundamental en su vida.

#### IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STC, de 26 de mayo de 2005.
- STC, de 9 de junio de 2005.
- STC, Sala Segunda, de 27 de junio de 2022.
- STS, Sala de lo Civil, de 7 de noviembre de 1896.
- STS, Sala de lo Civil, de 28 de noviembre de 1941.
- STS, Sala de lo Civil, de 4 de mayo de 1964.
- STS, Sala de lo Civil, de 24 de febrero de 1966.
- STS, Sala de lo Civil, de 29 de mayo de 1984.
- STS, Sala de lo Civil, de 19 de noviembre de 1985.
- STS, Sala de lo Civil, de 26 de junio de 1986.
- STS, Sala de lo Civil, de 20 de mayo de 1991.
- STS, Sala de lo Civil de 6 de mayo de 1997.
- STS, Sala de lo Civil, de 10 de noviembre de 2003.
- STS, Sala de lo Civil, de 25 de junio de 2004.
- STS, Pleno de la Sala de lo Civil, de 12 de mayo de 2011.

- STS, Sala de lo Civil, de 5 de diciembre de 2013.
- STS, Pleno de la Sala de lo Civil, de 6 de febrero de 2014.
- STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2018.
- STS, Sala de lo Civil, de 27 de enero de 2022.
- STS, Sala de lo Civil, de 11 de julio de 2022.
- RDGRN, de 28 de noviembre de 2008.
- RDGRN, de 28 de febrero de 2011.
- RDGRN, de 8 de febrero de 2017.
- SAP de Pontevedra, sección 4.<sup>a</sup>, de 31 de enero de 2002.
- SAP de Guadalajara, sección 1.<sup>a</sup>, de 25 de mayo de 2005.
- SAP de Sevilla, sección 8.<sup>a</sup>, de 20 de febrero de 2006.
- SAP de La Coruña, sección 5.<sup>a</sup>, de 16 de octubre de 2014.
- SAP de Valencia, sección 10.<sup>a</sup>, de 18 de febrero de 2015.
- SAP de Granada, sección 5.<sup>a</sup>, de 23 de octubre de 2015.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- ALVENTOSA DEL RÍO, J. (2005). La Ley 13/2005, de 1 de julio de reforma del matrimonio en el Código Civil. Génesis y contenido de la Ley, *Matrimonio y adopción de personas del mismo sexo*. Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial, vol. XXXVI.
- (2014). Doble maternidad. Reclamación de filiación matrimonial por posesión de estado. Maternidad biológica y maternidad por ficción legal: la concurrencia y simultaneidad. Comentario a la STS 740/2013, de 5 de diciembre, *Revista Bolivariana de Derecho*, núm. 18, julio, 378-399.
- ANDREU MARTÍNEZ, M.<sup>a</sup> B. (2018). La doble maternidad tras la reforma del artículo 7.3 LTRHA y la resolución de la DGRN de 8 de febrero de 2017: ¿Realmente avanzamos o hemos retrocedido?, *Indret*, abril, 1-35.
- BARBER CÁRCAMO, R. (2014). Doble maternidad legal, filiación y relaciones parentales, *Revista de Derecho Privado y Constitución*, núm. 28, enero-diciembre, 93-136.
- DE LA CÁMARA ALVAREZ, M. (2000). Comentario a los artículos 112 a 114 del Código Civil. En: M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. III, vol. I, Madrid: Edersa.
- DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M.<sup>a</sup> S. (2015). Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad legal, *Indret*, enero, 1-35.
- DÍEZ PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, Á. (2012). *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, T. I Derecho de Familia, undécima edición, Madrid: Tecnos.
- DORAL GARCÍA DE PAZOS, J.A. (2000). La posesión de estado en materia de filiación, *Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada*, vol. I, Granada: Universidad de Granada.
- EVANGELIO LLORCA, R. (2001). El concepto de posesión de estado de filiación. En: Luis Martínez-Calcerrada y Gómez (dir. y coord.), *Homenaje a Don Antonio Hernández-Gil*, vol. II, Madrid: Centro de estudios Ramón Areces.
- FLORES RODRÍGUEZ, J. (2014). Nuevas formas de familia, filiación y técnicas de reproducción asistida, *Actualidad Civil*, núm. 5, mayo, 1-20.
- INIESTA DELGADO, J.J. (2011). La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida. En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia*, vol. VI, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi Thomson Reuters.

- JIMÉNEZ MUÑOZ, FCO. J. (2012). *La reproducción asistida y su régimen jurídico*, Madrid: Reus.
- LACRUZ BERDEJO, J.L., *et al.* (2005). *Elementos de Derecho Civil*, T. V Familia, 2.<sup>a</sup> edición revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Madrid: Dykinson.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (2021). *Principios de Derecho Civil*, VI Derecho de Familia, revisada y actualizada con la colaboración de Belén Sáinz-Cantero Caparrós, Patricia López Peláez y María del Mar Heras Hernández, decimonovena edición, Madrid: Marcial Pons.
- LINACERO DE LA FUENTE, M. (2021). La filiación, *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos*, dirigido por María Linacero de La Fuente, 3.<sup>a</sup> ed., Valencia: tirant lo blanch.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2021). La filiación. En: Carlos Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil*, vol. IV Derecho de Familia, 5.<sup>a</sup> ed., Madrid: Colex, Madrid.
- (2021). Acciones de filiación. Filiación derivada de técnicas de reproducción asistida. En: C. Martínez De Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil*, vol. IV Derecho de Familia, 6.<sup>a</sup> ed., Madrid: Edisofer.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1984). Comentario a los artículos 113 y 127 a 135 del Código Civil, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. I, Madrid: Tecnos.
- QUESADA GONZÁLEZ, M.<sup>a</sup> C. (2012). *La determinación judicial de la filiación*, Barcelona: Bosch.
- QUICIOS MOLINA, S. (2014). *Determinación e impugnación de la filiación*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- (2021). Comentario al artículo 131 del Código Civil. En: R. Bercovtiz-Rodríguez Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 5.<sup>a</sup> ed., Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters.
- REYES LÓPEZ, M.<sup>a</sup> J. (2021). «La filiación». En: J.R. De Verda y Beamonte (coord.), *Derecho civil IV (Derecho de Familia)*, 4.<sup>a</sup> ed., Valencia: tirant lo blanch.
- RODRÍGUEZ MARÍN, C. (2021). La filiación. En: Fco. J. Sánchez Calero (coord.), *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de familia y sucesiones*, 10.<sup>a</sup> ed., Valencia: tirant lo blanch.
- RUEDA ESTEBAN, L. (2015). La filiación. En: V.M. Garrido De Palma (dir.), *Instituciones de Derecho Privado*, T. IV, vol. 1.º, Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters.
- VAQUERO PINTO, M.<sup>a</sup> J. (2016). La filiación extramatrimonial. En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia*, vol. VI, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- (2017). La filiación matrimonial. En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia*, vol. 6, 2.<sup>a</sup> ed., Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.

## NOTAS

<sup>1</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2021). La filiación. En: Carlos Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil*, vol. IV Derecho de Familia, 6.<sup>a</sup> ed., Madrid: Colex, Madrid, 329. Para DÍEZ PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, Á. (2012). *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, T. I Derecho de Familia, undécima edición, Madrid: Tecnos, 233 se denomina filiación «tanto a la condición que a una persona atribuye el hecho de tener a otra u otras por progenitores suyos como a la relación o vínculo que une a la persona con sus dos progenitores o con uno solo».

<sup>2</sup> REYES LÓPEZ, M.<sup>a</sup> J. (2021). La filiación. En: J.R. De Verda y Beamonte (coord.), *Derecho civil IV (Derecho de Familia)*, 4.<sup>a</sup> ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 277. Asimismo, para RODRÍGUEZ MARÍN, C. (2021). La filiación. En: Fco. J. Sánchez Calero (coord.), *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de familia y sucesiones*, 10.<sup>a</sup> ed., Valencia: tirant lo blanch, 288 señala que la filiación desde una perspectiva jurídica «es una relación natural derivada de la procreación, aunque en ocasiones se prescinda de la verdad biológica, como son los supuestos de adopción y algunos de reproducción asistida».

<sup>3</sup> En el mismo sentido, el artículo 235-1 del Código Civil catalán —en adelante, CCC—; y la Ley 69 de la Compilación de Derecho Civil Foral navarra —en adelante, FNN—.

<sup>4</sup> JIMÉNEZ MUÑOZ, FCO. J. (2012). *La reproducción asistida y su régimen jurídico*, Madrid: Reus, 60 nota 111.

<sup>5</sup> BARBER CÁRCAMO, R. (2014). Doble maternidad legal, Filiación y relaciones parentales, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 28, enero-diciembre, 111; INIESTA DELGADO, J.J. (2011). La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida. En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia*, vol. VI, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi Thomson Reuters, 804-805.

<sup>6</sup> ALVENTOSA DEL RÍO, J. (2005). La Ley 13/2005, de 1 de julio de reforma del matrimonio en el Código Civil. Génesis y contenido de la Ley, *Matrimonio y adopción de personas del mismo sexo*. Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial, vol. XXXVI, 182.

Por su parte, el artículo 235-3 del CCC dispone que «la filiación por naturaleza, con relación a la madre, resulta del nacimiento; con relación al padre y la madre puede establecerse por el reconocimiento, por el consentimiento a la fecundación asistida de la mujer, por el expediente registral o por sentencia, y, únicamente con relación al padre, por el matrimonio con la madre».

<sup>7</sup> RUEDA ESTEBAN, L. (2015). La filiación. En: V.M. Garrido De Palma (dir.), *Instituciones de Derecho Privado*, T. IV, vol. 1.º, Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters, 675-676.

<sup>8</sup> DE LA CÁMARA ALVAREZ, M. (2000). Comentario a los artículos 112 a 114 del Código Civil. En: M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. III, vol. I, Madrid: Edersa, 106.

<sup>9</sup> VAQUERO PINTO, M.<sup>a</sup> J. (2016). «La filiación extramatrimonial». En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia*, vol. VI, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 266.

<sup>10</sup> RJ 2013, 7566.

<sup>11</sup> Para MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2021). La filiación, *op. cit.*, 330-331 en estos casos «el Derecho positivo opta por crear entre dos personas un vínculo de filiación puramente jurídico» y añade «ni el lazo biológico, ni su plasmación jurídica, son suficientes para agotar el vínculo de filiación, en toda su rica complejidad: intervienen en él, junto a los factores biológicos y jurídicos, otros volitivos, afectivos, sociales y culturales, que han llevado a afirmar que, padre es, verdaderamente, quien se comporta (ama, educa, cuida) como padre, y no quien simplemente está unido por lazos biológicos o jurídicos».

<sup>12</sup> Para MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2021). La filiación, *op. cit.*, 351 «llama la atención que no se tome en consideración a ningún efecto la voluntad de la madre biológica (la esposa que da a luz)».

<sup>13</sup> En la resolución de la DGRN de 28 de febrero de 2011 (*JUR* 2012, 74939) se rechazó la inscripción de la maternidad porque se prestó el consentimiento con posterioridad al nacimiento y no con carácter previo a este, como exigía la redacción del artículo 7.3 de la LTRHA.

Por su parte, en la resolución de la DGRN de 28 de noviembre de 2008 (*RJ* 2010, 459) se posibilitó la aplicación retroactiva del artículo 7.3 del LTRHA conforme a la redacción dada por la Ley 3/2007 y se atribuyó la filiación materna al cónyuge no gestante pese a que el nacimiento del hijo había tenido lugar antes de la entrada en vigor del artículo 7.3 de la LTRHA. Se ampara en la disposición transitoria primera del Código Civil, pues, la citada Ley 3/2007 es la que introduce *ex novo* la posibilidad de doble maternidad.

Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, sección 4.ª, de 5 de diciembre de 2012 (AC 2013,76) la demandada no prestó consentimiento formal y previo para su conviviente se sometiera a técnicas de reproducción humana asistida. El nacimiento tuvo lugar cuando las litigantes no estaban casadas entre sí. El consentimiento prestado por la demandada para que se determinase su filiación respecto del hijo de la actora, cuando el mismo ya había nacido. Por lo que, es ineficaz el consentimiento determinante de la filiación y procede la acción de impugnación de la filiación no matrimonial ejercido por la mujer gestante en contra de la mujer conviviente.

<sup>14</sup> ANDREU MARTÍNEZ, M.ªB. (2018). La doble maternidad tras la reforma del artículo 7.3 LTRHA y la resolución de la DGRN de 8 de febrero de 2017: ¿Realmente avanzamos o hemos retrocedido?, *Indret*, abril, 29 lleva a cabo un juicio crítico de la reforma, pues, entiende que se han dejado sin resolver ciertas consecuencias prácticas así «en cuanto a la participación de la gestante en la determinación de la filiación, en la relevancia de cara a dicha determinación de otros mecanismos distintos de la prestación del consentimiento (en particular, los previos al nacimiento) o en la aproximación al consentimiento prestado por la cónyuge de la gestante a la figura del reconocimiento»; y, por otra parte, señala al respecto que «no se ha querido entrar en el aspecto clave de la cuestión que, es la relevancia que cabe otorgar a la voluntad procreacional a efectos de determinar la filiación y su incardinación en el sistema de filiación del Código Civil».

Igualmente, se muestra crítica ZURITA MARTÍN, I., (2018). La doble filiación materna: de la imposibilidad a la presunción de maternidad, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 770, noviembre-diciembre, 3098-3099 cuando indica que el artículo 7.3 de la LTRHA representa una norma defectuosa y que necesita de una urgente revisión para evitar «no solo el desconcierto que provocan los pronunciamientos judiciales, son que su falta de respuesta cierta a los problemas que se van planteando cree nuevas dudas sobre la determinación de la filiación en el futuro». De ahí que, abogue por «un tercer modelo de filiación derivado del uso de técnicas de reproducción asistida y conceder idéntico tratamiento al consentimiento informado otorgado en la clínica autorizada a parejas heterosexuales y homosexuales, casadas o no».

Asimismo, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2021). Acciones de filiación. Filiación derivada de técnicas de reproducción asistida. En: C. Martínez De Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil*, vol. IV Derecho de Familia, 6.ª ed., Madrid: Edisofer, 382 para quien «en primer lugar es muy llamativa, por contraste, la ausencia de cualquier tipo de control o contrapeso a la voluntad de la esposa declarante: el establecimiento de la filiación depende exclusivamente de su voluntad, a diferencia de lo que ocurre con otros supuestos en los que la voluntad juega un papel decisivo en el establecimiento de la filiación, como puede ser el reconocimiento, la adopción o el caso del artículo 8.2 de la LTRHA». Y añade que «en esta línea llama la atención que no se tome en consideración a ningún efecto la voluntad de la madre biológica (la esposa que da a luz) —la cual, por otro lado, ha podido someterse a estas técnicas sin necesitar el consentimiento previo de su esposa—. En la medida que tales controles están puestos en beneficio del hijo, la absoluta falta de filtros en el establecimiento de esta filiación deriva exclusivamente de la voluntad que podría colisionar con el principio constitucional de protección integral de los hijos (art. 39 de la CE).

<sup>15</sup> Tanto el artículo 7.3 del LTRHA como el artículo 44.5 de la LRC solo es aplicable a los matrimonios de mujeres, no a las parejas de hecho, lo que a juicio de LINACERO DE LA FUENTE, M. (2021). La filiación, *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos*, dirigido por María Linacero de La Fuente, 3.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 408 es una limitación cuestionable.

<sup>16</sup> *Vid.*, la resolución de la DGRN de 8 de febrero de 2017 que hace referencia al *iter* legislativo de la materia y facilita en caso de matrimonio de mujeres la inscripción de sus hijos en el Registro Civil, sin necesidad de acreditar el origen de la gestación. Así indica que

«(...) III. La posibilidad de reconocimiento de una doble maternidad, inicialmente limitada a la vía de la adopción, fue introducida por la Ley 3/2007, que reformó el artículo 7 de la LTRHA reconociendo, mediante una ficción legal, que en caso de matrimonio preexistente entre dos mujeres, podría determinarse la filiación del nacido mediante técnicas de reproducción asistida a favor del cónyuge no gestante siempre que hubiera manifestado previamente su consentimiento al respecto ante el encargado del Registro Civil del domicilio conyugal. Es decir, que el artículo 7.3 de la LTRHA introdujo en este ámbito un nuevo supuesto de determinación de la filiación matrimonial, diferente de la presunción del artículo 116 del Código Civil, si bien condicionada al cumplimiento de determinados requisitos. Posteriormente, la reforma operada por 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, introdujo también una modificación en el apartado tercero del artículo 7 de la LTRHA en cuanto a la forma en que debe prestarse el consentimiento, de manera que no es necesario manifestarlo antes del nacimiento, quedando el artículo redactado como sigue: «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 de Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge».

<sup>17</sup> En estos términos, se expresa VAQUERO PINTO, M.<sup>a</sup>J. (2017). La filiación matrimonial. En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia*, vol. 6, 2.<sup>a</sup> ed., Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 161.

<sup>18</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L., et al. (2005). *Elementos de Derecho Civil*, T. V Familia, 2.<sup>a</sup> edición revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albasa, Madrid: Dykinson, 313; FLORES RODRÍGUEZ J. (2014). Nuevas formas de familia, filiación y técnicas de reproducción asistida, *Actualidad Civil*, número 5, mayo, 2.

<sup>19</sup> *RJ* 2013, 7566.

<sup>20</sup> *RJ* 2018, 4768; *JUR* 2018, 283287.

<sup>21</sup> En esta línea, ALVENTOSA DEL RÍO, J. (2014). Doble maternidad. Reclamación de filiación matrimonial por posesión de estado. Maternidad biológica y maternidad por ficción legal: la concurrencia y simultaneidad. Comentario a la STS 740/2013, de 5 de diciembre, *Revista Bolivariana de Derecho*, número 18, julio, 383 señala que, en la Ley se posibilita la coexistencia de dos filiaciones a favor de personas del mismo sexo, una filiación materna biológica y una filiación materna basada en una ficción legal (no biológica), ambas con los mismos efectos que la filiación por naturaleza (patria potestad, guarda, alimentos, apellidos, derechos sucesorios), ordenando las relaciones entre los hijos nacidos por aplicación de estas técnicas y los padres que tuvieron la voluntad de serlo». Asimismo, QUICIOS MOLINA, S. (2014). *Determinación e impugnación de la filiación*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 49-50 que, señala, como fundamento del título de atribución del artículo 7.3 de la LTRHA, no la verdad biológica, sino la voluntad de ser madres. También, *vid.*, las resoluciones de la DGRN, de 22 de mayo de 2008 (*JUR* 2009, 389849); y, de 24 de noviembre de 2008 (*JUR* 2010, 2732).

<sup>22</sup> DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M.<sup>a</sup> S. (2015). Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad legal, *Indret*, enero, 31; FLORES RODRÍGUEZ, J. (2014). Nuevas formas de familia, filiación y técnicas de reproducción asistida, *op. cit.*, 4-5.

<sup>23</sup> *RJ* 2014, 833.

<sup>24</sup> *RJ* 2022, 576.

<sup>25</sup> Los hechos sobre los que se sustenta el presente caso son: El 18 de febrero de 2014, Clemencia y Elsa, suscribieron un documento de consentimiento informado de inseminación artificial con semen de donante.

Clemencia se sometió a un procedimiento de inseminación artificial con semen de donante y sin aportación de gametos por parte de Elsa. Clemencia quedó embarazada y dio a luz a un niño, Horacio, que fue inscrito en el Registro Civil como hijo suyo con los apellidos de esta. El 12 de junio de 2015 Clemencia y Elsa contraen matrimonio. En octubre de 2015, como consecuencia de la ruptura de la pareja, Clemencia abandonó la vivienda que compartían y que era propiedad de Elsa y se marchó a vivir con el niño a casa de sus padres. El 15 de junio de 2016 se dicta sentencia de divorcio en un procedimiento instado por Clemencia y en el que Elsa fue declarada en rebeldía, dado que no contestó a la demanda, ni compareció. En la sentencia de divorcio consta que no existe descendencia común. El 12 de junio de 2018 Elsa



interpone demanda frente a Clemencia y solicitó que se declarase, que es madre extramatrimonial de Horacio por posesión de estado y que conforme a dicha declaración se acordase que, en adelante, el niño pasase a llamarse Inocencio. En su demanda Elsa argumentó que el niño nació fruto del afecto de la relación que existió entre las partes y desde que nació las dos habían sido las madres y así habían sido consideradas en el entorno social, si bien la filiación solo se determinó respecto de la gestante porque cuando nació no estaban casadas. Aportó como prueba el certificado de nacimiento, el de matrimonio, un reportaje fotográfico, un certificado de un seguro, la sentencia de divorcio (alegando que no compareció por motivos económicos y creyó que no afectaría a su relación con el niño), certificado de una cuenta que abrió el 7 de marzo de 2016 donde ingresa una cantidad mensualmente en función de sus posibilidades económicas para el niño y mensajes intercambiados entre las partes en las que se interesa por el niño. Clemencia se opuso a la demanda alegando: que desde joven quiso ser madre y que cuando fueron a la clínica reproductiva Elsa era su pareja y por eso firmo, para justificar el motivo de la inseminación (la homosexualidad) pero no hubo proyecto familiar; ni Elsa se comportó como madre, ni mantuvo un comportamiento como tal, pues le superaba el cuidado del niño y asumir cualquier responsabilidad; por ello no prestó el consentimiento en el Registro Civil, ni instó el expediente de rectificación de error para cambiar los apellidos y aunque después de casaron Elsa tampoco consintió en el Registro que se determina la filiación del niño respecto de ello tal y como permite la ley, siendo ese el título de atribución de la filiación que contempla esta. Elsa tampoco compareció en el procedimiento de divorcio para hacer valer siquiera un derecho de visita y no fue por motivos económicos, pues, pudo pedir justicia gratuita como hizo Clemencia. Las pruebas aportadas de mensajes en las que se habla del niño no revelan la responsabilidad de la maternidad y se habla del niño como se habla de los padres de Clemencia, no hay posesión de estado. Elsa no mantuvo al niño y el que abriera una cuenta no lo acredita, ya que era a nombre de la propia demandante. Además, a Elsa le incomodaba y superaba la situación de estar sola con el niño, tanto durante la convivencia como después de la separación y por eso tampoco hizo nada para que quedara determinada la filiación. El juzgado estimó íntegramente la demanda al considerar acreditada la posesión de estado. Clemencia recurrió en apelación la sentencia argumentando que la relación de cariño entre las partes en el momento de nacimiento del niño no determina la filiación y que la relación posterior con la familia de Elsa es la propia de allegados. Elsa no estaba ni para temas patrimoniales, ni para cuidados personales, con la excepción de la vivienda en la que convivieron, que era propiedad de Elsa, pero que al romper la relación Elsa y Clemencia hubo de regresar con su hijo a casa de sus padres; que al niño solo lo han mantenido Clemencia y sus padres. La Audiencia desestimó el recurso y confirmó la sentencia del Juzgado. Clemencia interpone recurso por infracción procesal y recurso de casación.

<sup>26</sup> JUR 2022, 251323.

<sup>27</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2021). Acciones de filiación. Filiación derivada de técnicas de reproducción asistida, *op. cit.*, 363.

<sup>28</sup> LINACERO DE LA FUENTE, M. (2021). La filiación, *op. cit.*, 422.

<sup>29</sup> RTC 2005,273 y RTC 2006,52.

<sup>30</sup> LA LEY 129239, 2022.

<sup>31</sup> En esta línea, QUICIOS MOLINA, S. (2021). Comentario al artículo 131 del Código Civil. En: R. Bercovitz-Rodríguez Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 5.ª ed., Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters, 297.

*Vid.*, asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de noviembre de 1985 (*RJ* 1985, 5616); de 26 de junio de 1986 (*RJ* 1986, 4781); de 10 de marzo de 1988 (*RJ* 1988, 1815); de 30 de junio de 1988 (*RJ* 1988, 5200); de 16 de febrero de 1989 (*RJ* 1989, 969); de 20 de mayo de 1991 (*RJ* 1991, 3714); de 14 de noviembre de 1992 (*RJ* 1992, 9403); de 10 de noviembre de 2003 (*RJ* 2003, 8284); y, de 25 de junio de 2004 (*RJ* 2004, 4008). También, las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, de 4 de abril de 1995 (*AC* 1995, 732); de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 4.ª, de 31 de enero de 2002 (*JUR* 2002, 99116); de la Audiencia Provincial de Guadalajara, sección 1.ª, de 25 de mayo de 2005 (*AC* 2005, 2234); sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, sección 3.ª, de 27 de mayo de 2005 (*AC* 2007, 771); de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 8.ª, de 20 de febrero de 2006 (*JUR* 2006, 200800) notoriedad pública de la filiación; de la Audiencia

Provincial de Valencia, sección 10.ª, de 30 de mayo de 2012 (AC 2012,1308); de la Audiencia Provincial de La Coruña, sección 5.ª, de 16 de octubre de 2014 (JUR 2015, 5051); y, de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10.ª, de 18 de febrero de 2015 (JUR 2015, 101510).

<sup>32</sup> PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1984). Comentario al artículo 113 del Código Civil, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. I, Madrid: Tecnos, 840.

<sup>33</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2021). La filiación, *op. cit.*, 343.

<sup>34</sup> RJ 1997, 3676. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, sección 3.ª, de 27 de mayo de 2005 (AC 2007, 771) la constante posesión de estado ha sido definida como «aquellas circunstancias en las que se halla una persona en el seno de la familia y en sociedad, teniendo por tanto, posesión de estado quien es tenido por hijo respecto a su padre».

<sup>35</sup> RJ 2018, 1854. Por su parte, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, sección 2.ª, de 17 de enero de 2012 (JUR 2012,96331) respecto a la posesión de estado atribuida a la demandante, hay que decir que consta en autos que, en virtud de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Talavera de la Reina de fecha 19 de marzo de 2007, disfruta de un régimen de visitas respecto del menor que no ha sido modificado por la sentencia del Tribunal Supremo (STS de 12 de mayo del presente año, en el recurso de casación n.º 1334/2008). Igualmente es indubitado que, ante la sociedad, la citada demandante disfruta de tal derecho, sin embargo, siendo los elementos tradicionales de la posesión de estado el «nomen», «tractatus» y la «fama», estimamos, en contra de lo expuesto en la sentencia de instancia, que en el presente caso no concurren.

Respecto al «nomen», el segundo nombre del menor (Erasmus) da cuenta de la relación existente en su momento entre ambas litigantes, pero no puede atribuirse al mismo la categoría de indicio de tal posesión de estado, pues la posesión de estado es el resultado de la consideración social por parte de personas diferentes a ambas litigantes en virtud de la cual una situación de hecho adquiere relieve jurídico, y en este caso ese segundo nombre normalmente no es usado en sociedad. Esto es, al niño normalmente se le llama por su primer nombre, ósea Erasmus.

En cuanto al «tractatus», es obvio que queda acreditado en autos que tanto la madre biológica como la demandante se han preocupado del menor con igual dedicación.

En cuanto a la «fama», debe tenerse en cuenta que la crisis de la pareja surge muy pronto, en el año 2006, cuando el menor tiene apenas tres años. Que dicha crisis es grave, se deduce de las medidas que se tuvieron adoptar por el Juez, imponiendo a las partes una orden de alejamiento y decretando un régimen de visitas para que la demandante pudiera ver al menor. Es obvio, por el poco tiempo que la pareja gozó de dicha estabilidad desde el nacimiento del niño, que se entienda no suficientemente acreditada la posesión de estado que valora la sentencia de instancia, de forma que a lo sumo se podría decir que los hechos tenidos en consideración en la instancia acreditan que durante un tiempo actuó como madre y que por ello goza del derecho de visitas concedido judicialmente. Pero se insiste que falta una acreditada posesión de estado que la legitime para el ejercicio de la acción del artículo 131 del Código Civil; de forma que, si pretendía reclamar la maternidad extramatrimonial, debería recurrir a la acción recogida en el artículo 133.1 del Código Civil, esto es debería haber presentado un principio de prueba por escrito e impugnado la filiación extramatrimonial que consta en el Registro Civil.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, sección 5ª, de 23 de octubre de 2015 (JUR 2016,12058) en el caso que enjuiciado, se señala que, es cierto que no puede apreciarse la existencia de la posesión de estado, al no existir prueba alguna que la acredite, considerada por la Jurisprudencia, entre otras, en sentencia de 2 de marzo de 1994 como una situación fáctica de singular relevancia, en materia de filiación, a partir de la reforma de 13 de mayo de 1981, que consiste en el concepto público en que es tenido un hijo con relación a su padre natural, cuando este concepto se forma por actos directos del mismo padre o de su familia (S de 20 de mayo de 1991); y la estimación de su existencia corresponde a los Tribunales de instancia (SS de 29 de mayo de 1984, 5 de noviembre de 1987, 17 de marzo de 1988, 20 de diciembre de 1991 y 14 de noviembre de 1992).

<sup>36</sup> DORAL GARCÍA DE PAZOS, J.A. (2000). La posesión de estado en materia de filiación, *Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada*, vol. I, Granada: Universidad de Granada,

469; EVANGELIO LLORCA, R. (2001). «El concepto de posesión de estado de filiación». En: Luis Martínez-Calcerrada y Gómez (dir. y coord.), *Homenaje a Don Antonio Hernández-Gil*, vol. II, Madrid: Centro de estudios Ramón Areces, 1859; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2021). «La filiación», *op. cit.*, 344; LASARTE ÁLVAREZ, C. (2021). *Principios de Derecho Civil VI Derecho de Familia*, revisada y actualizada con la colaboración de Belén SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, Patricia LÓPEZ PELÁEZ y María del Mar HERAS HERNÁNDEZ, decimonoventa edición, Madrid: Marcial Pons, 286.

*Vid.*, asimismo, la sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de noviembre de 1896 (JC, 1896, T. 80, 14) *tractatus* es «tenerlo en casa, alimentarle, educarle en tal concepto (hijo natural); de 6 de mayo de 1997 (RJ 1997, 3676), igualmente, en relación con el *tractatus* se destaca que «el señor S., muestra su conformidad en reiteradas ocasiones y sufraga mediante talón bancario las vacaciones de su hijo en diferentes campamentos de verano, estando incorporado en autos cartas dirigida a la dirección de los mismos al señor S., en el que se le comunican diferentes extremos relativos a «su hijo» y en los que aparece la firma no impugnada del presunto padre (...). Al fallecimiento del señor S., se declara que, este había manifestado su intención de reconocer al menor, incluso ha quedado probado que Guillermo ha disfrutado de vacaciones con su padre y la familia de este, madre, primos, etc.»; y, de 24 de octubre de 1998 (RJ 1998, 7554) señala que, *tractatus* es «el comportamiento material y afectivo dispensado normalmente en una relación paterno-filial» y *fama* o *reputatio* «la opinión o consideración en el entorno social»; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24.ª, de 21 de mayo de 2003 (JUR 2003, 189159).

<sup>37</sup> *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de febrero de 1966 (RJ 1966, 815).

En todo caso, en la jurisprudencia se asocia la *fama* con el requisito de la publicidad, *vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de abril de 1962 (RJ 1962, 1706); de 14 de noviembre de 1973 (RJ 1973, 4115); y, de 16 de febrero de 1989 (RJ 1989, 969).

<sup>38</sup> QUESADA GONZÁLEZ, M.ª C. (2012). *La determinación judicial de la filiación*, Barcelona: Bosch, 308 y 310.

<sup>39</sup> *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, sección 5.ª, de 23 de octubre de 2015 (JUR 2016, 12058).

<sup>40</sup> *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de noviembre de 1941 (RJ 1941, 1239); de 24 de febrero de 1966 (RJ 1966, 815); de 29 de mayo de 1984 (RJ 1984, 2805); de 5 de noviembre de 1987 (RJ 1987, 8336); de 3 y 17 de marzo de 1988 (RJ 1988, 1547; RJ 1988, 1974); de 20 de mayo de 1991 (RJ 1991, 3714); de 14 de noviembre de 1992 (RJ 1992, 9403); de 2 de marzo de 1994 (RJ 1994, 1639); de 6 de mayo de 1997 (RJ 1997, 3676); y, de 29 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 9606).

<sup>41</sup> *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de noviembre de 1985 (RJ 1985, 5616); de 10 de marzo y 30 de junio de 1988 (RJ 1988, 1815; RJ 1988, 5200); y, de 16 de febrero de 1989 (RJ 1989, 969).

<sup>42</sup> *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de mayo de 1964 (RJ 1964, 2201); de 20 de mayo de 1991 (RJ 1991, 37149); de 14 de noviembre de 1992 (RJ 1992, 9403); y, de 25 de junio de 2004 (RJ 2004, 4008).

<sup>43</sup> EVANGELIO LLORCA, R. (2001). El concepto de posesión de estado de filiación, *op. cit.*, 1873.

<sup>44</sup> PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1984). Comentario a los artículos 127 a 135 del Código Civil, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. I, Madrid: Tecnos, 971.

<sup>45</sup> BARBER CÁRCAMO, R. (2014). Doble maternidad legal, filiación y relaciones parentales, *op. cit.*, 129. En esta línea, REYES LÓPEZ, M.ª J. (2021). La filiación, *op. cit.*, 282.

<sup>46</sup> RJ 2013, 7566.

<sup>47</sup> RJ 2014, 1265.

<sup>48</sup> RJ 2011, 3280.

<sup>49</sup> RJ 1995, 1961; y, RJ 2003, 8284.

<sup>50</sup> RJ 2009, 7257.

<sup>51</sup> DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M.ª S. (2015). Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad legal, *op. cit.*, 25.