



Roj: **STS 243/2022 - ECLI:ES:TS:2022:243**

Id Cendoj: **28079110012022100042**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **27/01/2022**

Nº de Recurso: **6482/2020**

Nº de Resolución: **45/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP MA 1889/2020,**
STS 243/2022

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 45/2022

Fecha de sentencia: 27/01/2022

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 6482/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 19/01/2022

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

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA. SECCIÓN 6.^a

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora María Del Carmen García Álvarez

Transcrito por: LEL

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 6482/2020

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

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora María Del Carmen García Álvarez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 45/2022

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

D. Antonio García Martínez

En Madrid, a 27 de enero de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por D.^a Clemencia, representada por la procuradora del turno de oficio D.^a Gloria Cecilia Garzón Cadena y bajo la dirección letrada de D.^a Ana Isabel Méndez Madueño, contra la sentencia n.º 634/2020, de 24 de junio, dictada por la Sección 6.^a de la Audiencia Provincial de Málaga en el recurso de apelación n.º 593/2019, dimanante de las actuaciones de juicio de filiación n.º 250/2018 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de DIRECCION000. Ha sido parte recurrida D.^a Elsa, representada por la procuradora D.^a Paloma Briones Torralba y bajo la dirección letrada de D.^a Rosario Alises Castillo. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1. D.^a Elsa interpuso demanda sobre reclamación de filiación matrimonial contra D.^a Clemencia, en la que solicitaba se dictara sentencia por la que:

"- Declare que D.^a Elsa, es la madre extramatrimonial, por posesión de estado, del menor Horacio, y conforme a dicha declaración se acuerde que en adelante, el menor pase a llamarse Inocencio y, en esos términos, se proceda a practicar la correspondiente inscripción en el Registro Civil de Málaga. Con costas para la parte demandada".

2. La demanda fue presentada el 12 de junio de 2018 y, repartida al Juzgado de 1.^a Instancia e Instrucción n.º 2 de DIRECCION000, fue registrada con el n.º 250/2018. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3. D.^a Clemencia contestó a la demanda mediante escrito en el que se solicitaba la desestimación íntegra de la demanda con expresa condena en costas a la parte actora.

4. Tras seguirse los trámites correspondientes, la Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de DIRECCION000 dictó sentencia de fecha 4 de febrero de 2019, con el siguiente fallo:

"Que estimando íntegramente la demanda formulada por la representación procesal de D.^a Elsa contra D.^a Clemencia, debo declarar y declaro:

"A) Que D.^a Elsa es la madre extramatrimonial, por posesión de estado, del menor Horacio, y conforme a dicha declaración, el menor pase a llamarse Inocencio. En consecuencia, debo acordar y acuerdo la inscripción de tal filiación en el Registro Civil donde el menor esté inscrito, así como la inscripción de los apellidos conforme a la filiación aquí declarada, llamándose Inocencio.

"Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

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

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 6.^a de la Audiencia Provincial de Málaga, que lo tramitó con el número de rollo 593/2019 y, tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 24 de junio de 2020, con el siguiente fallo:

"Desestimar el recurso de apelación formulado por la representación procesal de doña Clemencia frente a la sentencia dictada el día 4 de febrero de 2019, por la Señora Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de DIRECCION000, en los autos de Juicio de Filiación n.º 250/2018, a que este rollo de apelación civil se refiere, y, en su virtud, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, e imponemos a la parte apelante las costas procesales devengadas en esa alzada".

TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y de casación*

1. D.^a Clemencia interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"Primero.- Al amparo del art. 469.1.3 de LEC, se denuncia infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la Ley o hubiere podido producir indefensión por inadmisión de prueba, con base en el art. 752 de la LEC. Mediante el presente recurso se

solicita nuevamente la admisión de dicha prueba conforme al art. 471 de la LEC, la cual se adjunta, porque consideramos que la misma refuta prueba documental 7 de la demanda, que pretende justificar una atención patrimonial que no es real por lo que de no admitirse consideramos que afecta al plano material relevante para la sentencia.

"Segundo.- Al amparo del art. 469.1.4 de la LEC, se denuncia infracción del art. 24 de la CE, referente a ilógica, errónea y patente valoración de la prueba, toda vez que, no se ha probado suficientemente, la continuidad de posesión de estado, y sin embargo se estima la misma, bajo un prisma que entendemos erróneo, ilógico y patente".

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- Al amparo del artículo 477.2.3 de la LEC, se denuncia infracción del Principio General del "Interés del Menor" proclamado en la Ley 26/2015, dado que no se ha aplicado dicho principio que pondera la paz social del menor y su seguridad de respeto de su estado civil.

"Segundo.- Al amparo del artículo 477.2.3 de la LEC, se denuncia infracción del artículo 131 C.C. por considerar la sentencia recurrida acreditada la posesión de estado con el menor pese a no tener relaciones personales ni patrimoniales continuados, solo actos esporádicos que no son decisivos en la vida del menor y estimar la acción de filiación.

"Tercero.- Al amparo del artículo 477.2.3 de la LEC se denuncia infracción del derecho a la igualdad proclamado en el artículo 14 de la C.E., toda vez que, pese a no existir una contribución continuada y presencia en los actos decisivos del menor, se estima la acción de filiación por posesión de estado, cuando en las recientes sentencias del T.S. pero referentes a acción de filiación de padres biológicos no se estima la acción, si no se dan dichos requisitos. Habiéndose limitado la acción de la filiación sin posesión de estado, según art. 133 del CC. al plazo del año. Por lo que existe trato desigual según sean ejercidas las acciones de filiación por madres o padres".

2. Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta sala y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta sala y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 7 de julio de 2021, cuya parte dispositiva es como sigue:

"LA SALA ACUERDA:

"Admitir el recurso extraordinario por infracción procesal y de casación interpuesto por doña Clemencia contra la sentencia dictada con fecha 24 de junio de 2020, por la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6.ª), en el rollo de apelación n.º 593/2019, dimanante del procedimiento de filiación n.º 250/2018 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de DIRECCION000".

3. Se dio traslado a la parte recurrida y al Ministerio Fiscal para que formalizaran su oposición al recurso de casación e infracción procesal, lo que hicieron mediante la presentación de los correspondientes escritos.

4. Por providencia de 8 de octubre de 2021 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 10 de noviembre de 2021. En dicha providencia se acordó no haber lugar a la práctica de la prueba documental contenida en el escrito de interposición del recurso.

5. Frente a esta providencia, la representación procesal de D.ª Clemencia interpuso recurso de reposición que fue admitido a trámite, suspendiéndose el procedimiento mediante providencia de 8 de noviembre de 2021.

6. El 18 de noviembre de 2021, esta sala dictó auto admitiendo el recurso de reposición en el sentido de admitir la práctica de la prueba solicitada.

7. Mediante providencia de 13 de diciembre, se señaló para la votación y fallo del presente recurso el día 19 de enero de 2022, fecha en que ha tenido lugar a través del sistema de videoconferencia habilitado por el Ministerio de Justicia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del recurso y antecedentes relevantes

El procedimiento tiene su origen en una demanda de "reclamación de maternidad extramatrimonial por posesión de estado" interpuesta por quien fuera pareja, y luego esposa, de la madre por naturaleza. En las dos instancias se ha estimado la demanda y recurre en casación e infracción procesal la madre. Su recurso va a ser estimado.

Son hechos probados o no discutidos según constan en las actuaciones los siguientes.

1. El 18 de febrero de 2014, Clemencia y Elsa, suscribieron un documento de consentimiento informado de inseminación artificial con semen de donante.
2. 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 el NUM000 de 2014 dio a luz un niño, Horacio, que fue inscrito en el Registro Civil como hijo suyo con los apellidos Horacio.
3. El 12 de junio de 2015, Clemencia y Horacio contraen matrimonio.
4. 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.
5. 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 en común.
6. El 12 de junio de 2018, Elsa interpuso 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 por creer 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.

Como fundamento jurídico de su pretensión invocó la Convención Europea de los Derechos del Niño, la Carta Europea de los Derechos del Niño, los arts. 10, 14 y 39.2 CE, el art. 131 CC, el art. 11.2.a) de la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia que proclama la supremacía del interés del menor. También transcribió partes de las sentencias de esta sala 740/2013, de 5 de diciembre, y 836/2013, de 15 de enero de 2014.

7. 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 firmó, 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 Elsa no prestó el consentimiento en el Registro Civil (art. 7.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida,) ni instó expediente de rectificación de error para cambiar los apellidos, y aunque después se casaron Elsa tampoco consintió en el Registro que se determinara la filiación del niño respecto de ella tal y como permite la ley, siendo ese el título de atribución de la filiación que contempla la ley; 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, pues era a nombre de la propia demandante; 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; entre las personas autorizadas para recoger al niño en los centros en los que ha estado escolarizado no consta Elsa y no es beneficioso para el niño que quede determinada una filiación cuando no había estabilidad ni amor maternal.

La demandada negó la legitimación activa y pasiva, invocó la aplicación del art. 7.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, y argumentó que en la jurisprudencia invocada por la demandante se tuvo en cuenta para estimar las demandas tanto la posesión de estado como el interés de los menores, sin que en el caso concurrieran ni uno ni otro, por lo que debía desestimarse la demanda.

8. El juzgado estimó íntegramente la demanda como consecuencia de considerar acreditada la posesión de estado.

Para llegar a esta conclusión tuvo en cuenta que Clemencia y Elsa iniciaron una relación sentimental en 2006, que comenzaron a vivir juntas en 2008, que según declaran los testigos en 2013 ambas comunicaron que iban a tener un niño, siendo un indicio de su proyecto común que las dos firmaran el documento en la clínica, que Elsa acompañara a Clemencia durante el parto y que en las fotos aportadas en el hospital le pusieran los

apellidos de ambas, que tras la ruptura Elsa celebrara un cumpleaños del niño con su familia y visitara al niño hasta que Clemencia se negó, que el padre de Elsa lo incluyera en su seguro médico; consideró que esa valoración de la existencia de posesión de estado no quedaba desacreditada por lo que calificó como dejadez por no llegar a inscribir en el Registro al niño como hijo suyo y no llegar a personarse en el procedimiento de divorcio para exigir una relación con el niño, pues son actos posteriores al nacimiento. Concluyó afirmando: "En consecuencia, ha quedado acreditado el deseo de ambas de ser madres, siendo una decisión conjunta, y que ambas a pesar de las desavenencias han ejercido el papel de madres desde el momento que decidieron someterse al proceso de inseminación artificial, por lo que acreditado lo anterior debe reconocerse la filiación de D.ª Elsa ante la acreditación de la posesión de estado respecto del menor Horacio".

9. Clemencia recurrió en apelación la sentencia argumentando que la relación de cariño entre las partes en el momento del nacimiento del niño no determina la filiación y que la relación posterior con la familia de Elsa es la propia de allegados; que 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, Clemencia hubo de regresar con su hijo a casa de sus padres; que al niño solo lo han mantenido Clemencia y sus padres cuando Clemencia dejó de trabajar; que después de la separación, Elsa, que no prestó ninguna ayuda económica, lo visitó puntualmente y estuvo algún rato con el niño, pero eso no es comportarse como madre ni revela posesión de estado de madre, al igual que hay fotografías con otras personas allegadas que tampoco son madres; el invocado certificado médico solo es atención médica telefónica y ni lo conocía ni se ha hecho uso de él; los mensajes que se aportan a partir de abril de 2017 y en los que se menciona al niño responden a que intentaron retomar la relación de pareja, sin resultado, pero no acreditan vínculo de progenitora de Elsa con el niño. Reiteró la falta de interés del menor en que se estableciera la filiación dada la inestabilidad a que siempre estuvo sometida Clemencia en su relación con Elsa, la falta de cuidado personal y económico de esta al niño y el que Elsa interpusiera la demanda cuando el niño casi tenía cuatro años y había sido cuidado hasta entonces solo por Clemencia.

10. La Audiencia desestimó el recurso y confirmó la sentencia del juzgado.

La sentencia razonó que, ejercitada la acción del art. 131 CC, la misma debía prosperar porque los hechos, actos y pruebas referidos por el juzgado permitían "inferir, sin género de dudas, que constituyen actos que determinan la posesión de estado por tiempo suficiente para conceptuarla como tal, sin que encontremos, pese al denostado pero vano esfuerzo de la Defensa Letrada de la parte apelante para demostrar lo contrario, prueba alguna relevante que desvirtúe la apreciación de la sentencia apelada".

En particular, la Audiencia tuvo en cuenta que "no tiene otro sentido que el menor se concibiese constante la relación, aun cuando lo fuese aún como pareja de hecho pero con vistas a contraer matrimonio, como de hecho contrajeron después, que el de formar una familia, con un hijo en común". Afirmó que "los actos expresados y expuestos son actos que por su trascendencia integran convención y causan estado, al menos entre las partes". La Audiencia consideró irrelevante que el tratamiento fuera sufragado solo por Clemencia, mencionó que el padre de Elsa incluyó al niño en su seguro médico y, respecto de que Elsa no se personara en el procedimiento de divorcio ni instara ninguna medida respecto del niño, afirmó que ello no podía considerarse ningún acto contrario a la posesión de estado, pues es creíble que creyera que no tuviera ninguna trascendencia en su relación con el niño, dado que hubo comunicación posterior en los mensajes intercambiados entre ellas en relación con el menor y algún intento de retomar la relación.

Por lo que al argumento de que la determinación de la filiación no fuera en el caso en interés del menor, la Audiencia afirmó "huelga consideración alguna, más que expresar que, precisamente de la relación paterno filial como de la materno filial se derivan en beneficio de los hijos menores todos los deberes inherentes a la patria potestad (arts. 154 y siguientes del Código Civil), beneficios que se dan incluso aunque no se ostente la patria potestad (artículo 110 del Código Civil), y, la decisión de instancia, atiende a tutelar el interés de menor, interés que está por encima del interés de ambas litigantes por muy legítimo que pueda ser el de cada una de ellas, y así viene a considerarlo el Ministerio Fiscal, que se opone al recurso e interesa la confirmación la Sentencia recurrida, siendo de recordar que la intervención del Ministerio Público, garante de los derechos del menor, es imparcial (arts. 124.2 CE y 2.1 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal), recordemos, como defensor de la legalidad y de los derechos del menor afectado, velando por la primacía del interés superior de éste".

11. Clemencia interpone recurso por infracción procesal y recurso de casación.

12. El Ministerio Fiscal interesa su desestimación.

SEGUNDO.- Recurso extraordinario por infracción procesal

El recurso extraordinario por infracción procesal consta de dos motivos, tal y como se recoge en los antecedentes de esta sentencia.

1. El primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal ha quedado sin objeto porque en él la recurrente denunciaba indefensión por inadmisión de prueba y esta sala, por auto de 18 de noviembre de 2021, ya admitió la prueba interesada, al estimar el recurso de reposición interpuesto por la recurrente contra la providencia que había acordado resolver los recursos y no haber lugar a la práctica de la prueba documental contenida en el escrito de interposición del recurso.

En consecuencia, y por virtud del citado auto, a instancias de la recurrente, esta sala admitió como prueba el certificado bancario aportado por la demandante -ahora recurrida- para justificar sus aportaciones económicas para mantener al niño. Este documento fue aportado por la demandante y propuesto también en el juicio como prueba por la demandada ahora recurrente, pero fue inadmitido en primera instancia. La demandada interesó su admisión en apelación por considerar que del mismo no resultaba acreditado lo pretendido por la actora, sino lo contrario, y la Audiencia denegó su admisión por considerar la Audiencia que el documento no aportaba nada, puesto que la propia demandante "en el juicio no negó que las cantidades que alegaba haber ingresado en favor de Horacio, lo habían sido en una cuenta de su [propia] titularidad (a la espera, afirmó en el juicio, de que la Sra. Clemencia accediera a proporcionarle un número de cuenta para ingresar dichas cantidades en favor del menor". Partiendo por tanto de este dato, que la sentencia recurrida, como se acaba de decir, no desconoce como hecho, solo que no le otorga relevancia, esta sala podrá decidir, junto con los demás hechos, si puede valorarse jurídicamente la existencia de posesión de estado.

2. En el segundo motivo, al amparo del art. 469.1.4 LEC, se denuncia infracción del art. 24 CE, referente a ilógica, errónea y patente valoración de la prueba, toda vez que, según la recurrente, no se ha probado suficientemente la continuidad de posesión de estado y, sin embargo, se estima la misma, lo que considera erróneo, ilógico y patente. En su desarrollo reprocha a la sentencia que haya restado importancia a la dejadez de Elsa en su relación con el niño, que no se haya hecho cargo de su mantenimiento ni pretendiera hacer valer ninguna relación personal en el divorcio y en cambio deduzca la posesión de estado y la relación maternal a partir de unos mensajes de whatsapp intercambiados entre abril y diciembre de 2017 y en los que pregunta por el niño.

Este motivo no puede ser estimado.

Como dijimos en la sentencia 267/2018, de 19 de mayo, la posesión de estado tiene un componente fáctico, los hechos probados a partir de los cuales el tribunal valora jurídicamente si existe o no la posesión de estado. Este dato justifica que pueda impugnarse la afirmación por el tribunal de instancia de la posesión de estado de filiación por vía de los dos recursos: en el recurso por infracción procesal puede impugnarse error en la valoración de la prueba de los hechos que integran los diversos elementos de la posesión de estado (*nomen, tractatus, fama*) y en el recurso de casación puede impugnarse la valoración jurídica de esos hechos, es decir, si los hechos probados son o no constitutivos del concepto jurídico de posesión de estado.

En el caso, la recurrente lo que impugna en el segundo motivo del recurso por infracción procesal es la valoración jurídica realizada por la sentencia recurrida, lo que de acuerdo con una doctrina reiterada de esta sala no es posible por la vía de la denuncia de errores en la valoración de la prueba que sí puede llevarse a cabo al amparo del art. 469.1.4.º LEC, y que debe afectar a la fijación de los hechos sobre los que se proyecta la valoración jurídica (entre otras, sentencias 613/2015, de 10 de noviembre, y 615/2016, de 10 de octubre, con citas de otras anteriores). La sala ha reiterado también que no cabe por medio del recurso extraordinario por infracción procesal plantear la revisión conjunta de la prueba, que realmente es lo que se pretende con este segundo motivo (sentencias 333/2015, de 9 de junio, 195/2016, de 29 de marzo, con cita de otras).

TERCERO.- Recurso de casación. Planteamiento

El recurso de casación se funda en tres motivos que se encuentran íntimamente relacionados, pues impugnan la valoración de la sentencia recurrida acerca de la concurrencia de los presupuestos legales y jurisprudenciales para la estimación de la demanda de reclamación de la maternidad.

1. En el primero, al amparo del art. 477.2.3.º LEC, se denuncia la infracción del principio general del interés del menor proclamado en la Ley 26/2015, Ley 26/2015, de 28 de julio, de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, dado que en el caso no se ha aplicado dicho principio que pondera la paz social del menor y la seguridad jurídica de respeto de su estado civil (sentencias 441/2016, de 30 de junio, 267/2018, de 9 de mayo, y 522/2019, de 8 de octubre).

En su desarrollo razona que el menor, nacido en NUM000 de 2014, ha vivido desde que las partes se separaron en octubre de 2015 solo con su madre, y que es esa estabilidad la que hay que ponderar y proteger, en un caso en el que no existe prueba de actos de cuidado personales, como llevar al niño al médico, ni intento por



parte de la demandante de solicitar rectificación de los apellidos cuando estaban juntas, ni solicitar medidas patrimoniales o personales respecto del menor cuando el divorcio.

2. En el segundo motivo del recurso de casación, al amparo del art. 477.2.3.º LEC, se denuncia la infracción del art. 131 CC, por considerar la sentencia recurrida acreditada la posesión de estado de la filiación pese a no tener la demandante con el menor relaciones personales ni patrimoniales continuadas, sino solo actos esporádicos que no son decisivos en la vida del menor.

En su desarrollo razona que la sentencia no tiene en cuenta que Elsa no se ha implicado económica ni personalmente con el niño y que los actos esporádicos no constituyen posesión de estado, que requiere actos continuados y constantes de asistencia económica y personal, lo que es exigido por la jurisprudencia y además conecta con el interés del menor y lo expuesto en el motivo anterior (sentencias 267/2018, de 9 de mayo, y 522/2019, de 8 de octubre).

3. En el tercer motivo, al amparo del art. 477.2.3.º LEC, se denuncia infracción del derecho a la igualdad proclamado en el art. 14 CE, toda vez que, pese a no existir una contribución continuada y presencia en los actos decisivos del menor, se estima la acción de filiación por posesión de estado.

En su desarrollo razona que en las recientes sentencias de esta sala referentes a acción de filiación de padres biológicos no se estima la acción, cuando no se dan los requisitos de la posesión de estado y se limita la posibilidad de ejercicio de la acción de la filiación sin posesión de estado, según art. 133 CC al plazo de un año. Explica que en el caso no hay prueba continuada de ejercicio de una relación maternal, y la sentencia recurrida atiende exclusivamente a lo que considera un proyecto inicial familiar en el momento de nacimiento del hijo, que no ha tenido ninguna continuidad, sin que la demandante tuviera iniciativa alguna de rectificar los apellidos del niño ni pretendiera en el divorcio que se estableciera medida alguna, y solo interpusiera la demanda actual cuando el niño tenía casi cuatro años, dos años después de la sentencia de divorcio.

CUARTO.- *Decisión de la sala. Marco normativo y jurisprudencial*

En espera de una necesaria 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 el recurso debemos estar a la deficiente regulación vigente y a la jurisprudencia de la sala adaptada a las circunstancias del presente caso.

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

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

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

2. Las sentencias de esta sala 740/2013, de 5 de diciembre, y 836/2013, de 15 de enero de 2014, sobre las que volveremos más adelante, flexibilizaron los requisitos formales y temporales de esta regulación.

3. Asumiendo los planteamientos flexibilizadores de los requisitos formales y temporales de esta jurisprudencia, la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, modificó el art. 7.3 de la Ley de técnicas de reproducción humana asistida. Conforme a la nueva redacción, vigente desde el 15 de octubre de 2015, dispone el art. 7.3 de la ley:

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

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

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

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

En cualquier caso, y a diferencia de lo que se establece en otros sistemas de filiación en Derecho comparado, y a diferencia de lo que se ha planteado en proposiciones y anteproyectos de ley en el ámbito estatal, la regulación vigente sigue exigiendo que la mujer que presta el consentimiento para que se determine la filiación esté casada y no separada legalmente o de hecho con la madre.

QUINTO.- *Decisión de la sala. Estimación del recurso de casación*

1. En el caso, la maternidad por naturaleza de Clemencia quedó determinada por el parto (arts. 120 CC, 44 y 46 LRC/2011). Por el contrario, con arreglo al derecho vigente aplicable, no pudo haber determinación de la maternidad a favor de Elsa . Cuando Clemencia se sometió a las técnicas de reproducción asistida y también cuando Horacio nació (el NUM000 de 2014) la redacción en vigor del art. 7.3 de la Ley de técnicas de reproducción asistida solo 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. Puesto que 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.

2. En las dos instancias se ha estimado la demanda de "reclamación de maternidad extramatrimonial por posesión de estado" interpuesta por Elsa exclusivamente contra Clemencia . No se ha demandado al hijo (cfr. art. 766 LEC), que habría que entender representado por su madre, y los dos tribunales de instancia han dado por supuesto que los intereses del menor habrían quedado defendidos por el Ministerio Fiscal, que en conclusiones en el juicio solicitó la estimación de la demanda, se opuso al recurso de apelación de la madre y ahora interesa la desestimación del recurso por entender que la posesión de estado es una cuestión de hecho acreditada en la instancia y respecto de la que la recurrente pretende una nueva valoración de la prueba, lo que es inviable en casación.

3. Sin embargo, como el propio Ministerio Fiscal también recoge en su informe, y declaramos en la citada sentencia 267/2018, de 19 de mayo, de acuerdo con la jurisprudencia de la sala, en el recurso de casación puede impugnarse la valoración jurídica realizada por la sentencia recurrida acerca de si los hechos probados son o no constitutivos del concepto jurídico de posesión de estado.

4. Junto a ello, debe tenerse en cuenta, además, como recuerda la sentencia 48/2018, de 7 junio, que el interés del menor tiene aspectos casacionales (sentencia 614/2009, de 28 de septiembre) y no se trata a través de este cauce de cuestionar la valoración de la prueba ni de atacar los hechos, sino de revisar la valoración que de este interés hace la sentencia a partir de los hechos que han quedado probados. La determinación del mayor beneficio para el menor, al tratarse de la valoración de una calificación jurídica, puede ser, en definitiva, objeto de una revisión en casación (sentencias 384/2005, de 23 de mayo, 614/2009, de 28 de septiembre). La interdicción del nuevo examen de la prueba en casación se mantiene, y solo cuando se haya decidido sin tener en cuenta dicho interés, podrá esta sala examinar, las circunstancias más adecuadas para dicha protección.

5. Resulta oportuno traer a colación esta doctrina por lo siguiente. El interés del menor no es causa que permita al juez atribuir una filiación. Es el legislador quien, al establecer el sistema de determinación de la filiación y de las acciones de impugnación y reclamación de la filiación, debe valorar en abstracto el interés superior del menor junto a los demás intereses presentes (la libertad de procreación, el derecho a conocer los propios orígenes, la certeza de las relaciones, la estabilidad del hijo).

Sin embargo, partiendo de lo anterior, en casos de filiación derivada de técnicas de reproducción asistida, esta sala ha valorado que el interés del menor concreto a que se referían los litigios que se juzgaban quedaba mejor protegido por la determinación legal de una doble maternidad, convirtiendo en legal una filiación vivida manifestada por constante posesión de estado.

En este sentido, las sentencias 740/2013, de 5 de diciembre, y 836/2013, de 15 de enero de 2014, admitieron, a la vista de las circunstancias, que prosperaran acciones judiciales de reclamación de maternidad, valorando de manera conjunta la existencia de un proyecto reproductivo en común de las dos mujeres, la posesión de estado como madre de la demandante y el interés en juego de los menores en preservar la relación con una persona a la que tenían como madre.

Así, la sentencia 740/2013, de 5 de diciembre (FJ 3.6) interpretó que la regla del art. 131 CC, que atribuye a la posesión del "estado de filiación" el papel de presupuesto de legitimación para el ejercicio de la acción, es aplicable en el ámbito de la filiación derivada del empleo de técnicas de reproducción asistida. Partiendo de la acreditación en el caso de la posesión de estado de la filiación, que según la sentencia reforzó el

consentimiento prestado por la no gestante en la clínica, la sentencia resuelve atendiendo al interés de las niñas nacidas (y cuya filiación reclamaba la excónyuge de la madre) junto al 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" (FJ 3.7).

Con cita de la anterior, la sentencia del pleno 836/2013, 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 (FJ 2), valora el interés del menor en que continúe una relación que se había prolongado durante tres años, en un caso en el 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 (FJ 3).

6. En el caso que juzgamos, por lo que decimos a continuación, 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, desestimada.

De acuerdo con la jurisprudencia, sintetizada por la sentencia 267/2018, de 19 de mayo, resulta posible la acreditación de la posesión de estado aun en ausencia de alguno de sus tres elementos clásicos (*nomen, tractatus, fama*). En particular, puesto que se trata de reclamar una filiación extramatrimonial no determinada, no sería exigible el *nomen* en el sentido estricto de que el niño usara los apellidos de la demandante, pero sí resulta absolutamente imprescindible el *tractatus*, es decir, actos de atención y asistencia al hijo que comporten el cumplimiento de la función propia de madre, e igualmente es necesario que concorra la fama, una exteriorización constante de la relación de estado, de modo que conformen una apariencia de filiación creada por el ejercicio constante de sus potestades y deberes. Es preciso, por tanto, que consten de manera continua y actual hechos públicos repetidos y encadenados de los que resulte el goce público de una relación de filiación. Cuando el art. 131 CC 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.

Las sentencias de instancia han valorado de forma decisiva la existencia de un proyecto común de las litigantes de formar una familia que se habría manifestado en la prestación de consentimiento en la clínica y en los actos inmediatamente posteriores al nacimiento. Ciertamente, en nuestro sistema, el consentimiento de la esposa de la madre es esencial en la determinación extrajudicial de una doble maternidad en el ámbito de la filiación derivada de técnicas de reproducción asistida cuando se presta con los presupuestos y requisitos legales, pero de acuerdo con la doctrina de la sala no es suficiente cuando lo que se ejercita es una acción de reclamación de filiación por posesión de estado.

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 habría tenido trascendencia en el ámbito familiar), cuando lo cierto es que, en atención a su brevedad y a las circunstancias concurrentes, no puede considerarse con entidad suficiente para conformar una relación de maternidad vivida.

La sentencia recurrida, confirmando el criterio de la sentencia del juzgado (que consideró irrelevantes los actos posteriores al nacimiento y la formación del denominado proyecto familiar común precisamente por ser posteriores), ha restado relevancia a los actos posteriores al nacimiento, cuando en realidad 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, más propios de la amistad con la madre, con quien tiempo después del divorcio la demandante quiso recuperar la relación a la que había puesto fin, que con una relación de maternidad con el niño. La demandante, además, abandonó todo intento de solicitar medidas personales y patrimoniales respecto del niño en el procedimiento de divorcio, lo que permite cuestionar la constancia y continuidad en la relación. Finalmente, el que efectuara unas transferencias a una cuenta propia y según su disponibilidad económica, en concepto de ahorro, en espera, según se dice, de que la madre proporcionara una cuenta, 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.

Por último, hay que añadir que la sentencia da por supuesto que el superior interés del menor queda 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. Sin embargo, 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 vivida relación materno filial de la demandante con el niño, que desde hace años es cuidado exclusivamente por su madre.

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

SEXTO.- No se imponen las costas del recurso por infracción procesal dado que, por lo dicho, el motivo primero no se ha desestimado sino que se ha apreciado la carencia sobrevenida de objeto en atención a que lo que pretendía fue admitido previamente por la sala al estimar el recurso interpuesto por la recurrente contra la providencia que acordó resolver los recursos y no haber lugar a la práctica de la prueba documental contenida en el escrito de interposición del recurso.

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

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

Se imponen a la demandante las costas de primera instancia.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Declarar la pérdida de objeto del primer motivo y desestimar el segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por D.^a Clemencia contra la sentencia dictada con fecha 24 de junio de 2020, por la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6.^a), en el rollo de apelación n.º 593/2019, dimanante del procedimiento de filiación n.º 250/2018 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de DIRECCION000 .

2.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por D.^a Clemencia contra la mencionada sentencia, casarla, dejándola sin efecto y, en su lugar, estimar el recurso de apelación interpuesto por D.^a Clemencia y desestimar la demanda en su día interpuesta contra ella por D.^a Elsa .

3.º- No imponer las costas del recurso extraordinario por infracción procesal ni las del recurso de casación.

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

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

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

Así se acuerda y firma.