

ESTUDIOS

Incluye



PERSONA Y FAMILIA EN LA JURISPRUDENCIA: TENDENCIAS ACTUALES

ROMINA SANTILLÁN SANTA CRUZ
MARINA PÉREZ MONGE
DIRECTORAS



© Romina Santillán Santa Cruz y Marina Pérez Monge (Dirs.), 2025
© ARANZADI LA LEY, S.A.U.

ARANZADI LA LEY, S.A.U.

C/ Collado Mediano, 9
28231 Las Rozas (Madrid)
www.aranzadilaley.es

Atención al cliente: <https://areacliente.aranzadilaley.es/publicaciones>

Primera edición: junio 2025

La presente obra colectiva se realiza en el marco de las actividades de los siguientes Grupo y Proyecto de Investigación:

- Grupo Consolidado de Investigación del Gobierno de Aragón «Ius Familiae».
- Proyecto de Investigación del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (PID2023-153228NB-I00) «Nuevas vulnerabilidades: equilibrios y desequilibrios en el ordenamiento jurídico-privado».

Depósito Legal: M-13996-2025

ISBN versión impresa con complemento electrónico: 978-84-1085-190-0

ISBN versión electrónica: 978-84-1085-191-7

Diseño, Preimpresión e Impresión: ARANZADI LA LEY, S.A.U.

Printed in Spain

© ARANZADI LA LEY, S.A.U. Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, ARANZADI LA LEY, S.A.U., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no asumirán ningún tipo de responsabilidad que pueda derivarse frente a terceros como consecuencia de la utilización total o parcial de cualquier modo y en cualquier medio o formato de esta publicación (reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación pública, transformación, publicación, reutilización, etc.) que no haya sido expresa y previamente autorizada.

El editor y los autores no serán responsables por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

ARANZADI LA LEY no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, u cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, ARANZADI LA LEY se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

ARANZADI LA LEY queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRO-DUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

ARANZADI LA LEY se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de ARANZADI LA LEY, S.A.U., es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

Índice General

Página

CAPÍTULO MAGISTRAL

CAPÍTULO 1

DESFAZIENDO Y (EN ALGÚN CASO) FAZIENDO ENTUERTOS: SOBRE ALGUNA JURISPRUDENCIA RECIENTE DEL TRIBUNAL SUPREMO EN DERECHO DE FAMILIA

| | |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| CARLOS MARTÍNEZ DE AGUIRRE | 27 |
| 1. Planteamiento | 27 |
| 2. Sobre las obligaciones de los cónyuges y la indemnización por incumplimiento | 28 |
| 3. Sobre algunos efectos de la separación y el divorcio | 30 |
| 3.1. <i>Uso de la vivienda familiar</i> | 30 |
| 3.2. <i>Extinción de la pensión por desequilibrio</i> | 31 |
| 4. Sobre algunos aspectos de la filiación | 32 |
| 4.1. <i>La posesión de estado</i> | 33 |
| 4.2. <i>Los reconocimientos de complacencia</i> | 34 |
| Epílogo | 37 |

**PRIMERA PARTE
CUESTIONES ACTUALES SOBRE DOBLE
MATERNIDAD Y GESTACIÓN SUBROGADA**

CAPÍTULO 2

LA DOBLE MATERNIDAD EN ESPAÑA: EVOLUCIÓN Y SITUACIÓN ACTUAL

| | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| JAVIER NANCLARES VALLE | 41 |
| 1. Introducción | 41 |
| 2. La doble maternidad por naturaleza | 42 |
| 2.1. Aparición de la figura | 42 |
| 2.2. Reforma civil y registral de la doble maternidad | 46 |
| 2.3. Desvinculación registral respecto del empleo de técnicas de reproducción asistida | 47 |
| 3. Admisión de una determinación judicial de la segunda maternidad | 49 |
| 4. Incidencia de la «Ley trans» sobre la doble maternidad ... | 55 |
| 4.1. Incertidumbre en torno al artículo 7.3 LTRHA | 55 |
| 4.2. Doble maternidad y acciones de filiación | 59 |
| 4.2.1. Reclamación de la segunda maternidad | 59 |
| 4.2.2. Impugnación de la segunda maternidad | 63 |

CAPÍTULO 3

DOBLE MATERNIDAD Y ACCIONES DE FILIACIÓN: PARTICULAR ANÁLISIS DE LA STS 558/2022, DE 11 DE JULIO

| | |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| M. ^a DEL CARMEN CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO | 71 |
| 1. Planteamiento de la cuestión | 71 |
| 2. Las técnicas de reproducción humana asistida. Especial referencia al método ROPA | 75 |

| | <i>Página</i> |
|---------------------------------------------------------------------------------------------|---------------|
| 3. La doble maternidad legal en parejas no casadas ¿de la adopción al consentimiento? | 83 |
| 4. Particular análisis de la STS 558/2022, de 11 de julio | 86 |
| Conclusiones | 92 |

CAPÍTULO 4

SOBRE LA NULIDAD Y CONVERSIÓN (O NO) DEL CONTRATO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN. A PROPOSITO DE LA STS DE 4 DE DICIEMBRE DE 2024

| | |
|-------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| LUIS CORPAS PASTOR | 95 |
| 1. Introducción | 95 |
| 1.1. <i>La nulidad de los contratos</i> | 97 |
| 1.2. <i>«Efectos» de la nulidad de los contratos.</i> | 99 |
| 2. El contrato nulo de gestación por sustitución. | 100 |
| 2.1. <i>Fundamentos de la nulidad del contrato de gestación por sustitución.</i> | 100 |
| 3. Inscripción registral de los nacidos mediante gestación por sustitución | 101 |
| 4. Doctrina del Tribunal Supremo sobre la gestación por sustitución | 103 |
| 5. Comentario técnico-jurídico de la STS de 4 de diciembre (RJ 2024, 451378) | 107 |
| Conclusiones | 108 |

CAPÍTULO 5

LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR, LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA FAMILIA, Y EL CAMBIO DE DOMICILIO DEL MENOR EN EL REGISTRO CIVIL EN LOS SUPUESTOS DE GESTACIÓN SUBROGADA A LA VISTA DE LA STS 1141/2024, DE 17 DE SEPTIEMBRE

| | |
|------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| JORGE BLANES JOVER | 109 |
| 1. El acceso al Registro Civil de la gestación subrogada y el domicilio registral | 110 |

| | <i>Página</i> |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------|
| 2. La nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo a la vista de la STS de 17 de septiembre de 2024 (RJ 2024, 1141) | 111 |
| 2.1. <i>Supuesto de hecho y trayectoria del procedimiento</i> | <i>111</i> |
| 2.2. <i>Sobre el acceso al Registro Civil de los nacidos mediante gestación subrogada y el interés superior del menor.</i> | <i>112</i> |
| 2.3. <i>El cambio del lugar de origen del menor por el domicilio de los progenitores</i> | <i>113</i> |
| 3. La aplicabilidad de la analogía al supuesto examinado | 114 |
| 3.1. <i>La identidad de supuesto que permita la analogía</i> | <i>115</i> |
| 3.2. <i>La laguna legal y la garantía de la seguridad jurídica.</i> | <i>116</i> |
| 4. El derecho a la intimidad, a la igualdad, la protección constitucional de la familia y la inscripción del lugar de nacimiento en los supuestos de gestación subrogada | 118 |
| Conclusiones | 120 |

CAPÍTULO 6

LA MODIFICACIÓN DEL LUGAR DE NACIMIENTO EN LAS INSCRIPCIONES REGISTRALES MÁS ALLÁ DE LOS SUPUESTOS LEGALMENTE PREVISTOS. STS NÚM. 1141/2024, DE 17 DE JUNIO (RJ 2024, 4370)

| | |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| CRISTINA JORDÁ DOMENECH | 123 |
| 1. Introducción | 123 |
| 2. Marco normativo y jurisprudencial sobre la modificación del lugar de nacimiento en el Registro Civil. | 125 |
| 2.1. <i>La regulación legal de la modificación del lugar de nacimiento en la Ley del Registro Civil</i> | <i>125</i> |
| 2.2. <i>Instrucciones y Resoluciones de la DGRN en materia de inscripciones registrales en casos de adopción y modificación del lugar de nacimiento</i> | <i>126</i> |
| 2.3. <i>Evolución jurisprudencial en materia de modificación de datos registrales</i> | <i>129</i> |
| 3. Implicaciones jurídicas de la STS núm. 1141/2024, de 17 de junio (RJ 2024, 4370) | 130 |

| | <i>Página</i> |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------|
| 3.1. <i>La aplicación analógica del artículo 4 del Código Civil como fundamento jurídico</i> | 130 |
| 3.2. <i>El derecho a la intimidad personal y familiar como bien jurídico protegido</i> | 131 |
| 3.3. <i>El interés superior del menor como criterio interpretativo</i> . . . | 131 |
| Conclusiones | 132 |
| | |
| CAPÍTULO 7 | |
| MATERNIDAD SUBROGADA: EL CASO ARGENTINO | |
| LORENA CLAUDIA BOLZON, PILAR QUIÑO A | 135 |
| 1. Introducción | 135 |
| 2. La voluntad procreacional como fuente de filiación en el Código Civil y Comercial. La determinación de la maternidad | 136 |
| 3. Tratamiento en la jurisprudencia | 138 |
| 3.1. <i>Jurisprudencia permisiva</i> | 139 |
| 3.2. <i>Jurisprudencia restrictiva</i> | 141 |
| 3.3. <i>La sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación</i> . . . | 142 |
| 4. Proyectos de ley | 144 |
| Conclusión | 145 |

SEGUNDA PARTE
CUESTIONES ACTUALES SOBRE LA ADOPCIÓN

CAPÍTULO 8

| | |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| MATERNIDAD SUBROGADA Y ADOPCIÓN: EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA A DEBATE, STC NÚM. 28/2024, DE 27 DE FEBRERO DE 2024 | |
| FRANCISCO LLEDÓ YAGÜE | 149 |
| 1. El estado de la cuestión: la gestación por encargo y la filiación | 149 |

| | | |
|----|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 2. | La postura del TS español (STS 835/2013, de 6 de febrero) y la jurisprudencia del TEDH en la protección del interés del menor, en su derecho a la identidad y filiación: la valoración del art. 8 CEDH (vida privada familiar). | 155 |
| 3. | La delimitación de los derechos fundamentales, en particular, la motivación reforzada (art. 24.1 CE) en la determinación de la filiación y el superior interés del menor. | 160 |

CAPÍTULO 9

NUEVAS POTENCIALIDADES DE LA ADOPCIÓN DE MENORES EN LA JURISPRUDENCIA ACTUAL

| | | |
|----|-----------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| | PAOLA ZOUAK LARA | 165 |
| 1. | Introducción | 165 |
| 2. | La institución de la adopción en la STS núm. 1.626/2024 de 4 de diciembre de 2024. | 167 |
| | 2.1. <i>Breve resumen de los hechos y posición del Tribunal</i> | 167 |
| | 2.2. <i>La técnica de la reconstrucción de la filiación</i> | 169 |
| 3. | La metamorfosis de la adopción en el ordenamiento jurídico español. | 170 |
| 4. | Nuevos interrogantes respecto al interés superior del menor | 173 |
| | Conclusión | 175 |
| | Propuestas de lege ferenda. | 176 |

CAPÍTULO 10

MATERNIDAD SUBROGADA Y ADOPCIÓN A PROPÓSITO DE LA STS DE 17 DE SEPTIEMBRE DE 2024. UNA VISIÓN COMPARADA CON ITALIA

| | | |
|----|-------------------------------------------------------------------|-----|
| | TANIA VÁZQUEZ MUIÑA | 179 |
| 1. | Introducción | 179 |
| 2. | La STS de 17 de septiembre de 2024 y la analogía | 180 |
| | 2.1. <i>El objeto de debate</i> | 180 |

| | <i>Página</i> |
|--------------------------------------------------------------------------------------------|---------------|
| 2.2. <i>El recurso a la analogía</i> | 181 |
| 2.3. <i>La posición del Tribunal Supremo ante al contrato de gestación subrogada</i> | 183 |
| 3. La STC de 27 de febrero de 2024 y la vía de la adopción ... | 184 |
| 4. La STS de 4 de diciembre de 2024 y el orden público | 187 |
| 4.1. <i>Los hechos litigiosos</i> | 187 |
| 4.2. <i>La vulneración del orden público</i> | 187 |
| Conclusiones | 189 |

CAPÍTULO 11

ADOZIONE PIENA E LEGAME DI SANGUE CON I GENITORI D'ORIGINE

| | |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| GABRIELE TOSCANO | 191 |
| 1. Introduzione: l'influenza dei legami socioaffettivi sull'adozione piena | 191 |
| 2. L'adozione piena nel panorama giuridico | 192 |
| 3. I presupposti normativi dell'adozione piena | 194 |
| 4. La scissione dei legami biologici, il diritto all'identità e il bilanciamento degli interessi in gioco: prospettive attuali e future | 196 |
| 5. Conclusioni: una riconsiderazione del rapporto tra diritto e affettività | 198 |

TERCERA PARTE CUESTIONES ACTUALES SOBRE DERECHO DE ALIMENTOS

CAPÍTULO 12

VIUDEDAD FORAL Y DERECHO DE ALIMENTOS

| | |
|--------------------------|-----|
| CARMEN BAYOD LÓPEZ | 203 |
|--------------------------|-----|

| | | |
|----|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. | El origen de las cosas: «una viuda usufructuaria obligada a pagar la manutención al hijo del primer matrimonio de su marido» (Heraldo de Aragón, lunes 5 de junio de 2023) | 204 |
| 2. | Alimentos en Aragón: supletoriedad del Derecho del Estado y normas propias de preferente aplicación | 205 |
| | 2.1. <i>Ausencia de regulación expresa: supletoriedad del Código civil</i> | 205 |
| | 2.2. <i>La regulación de los alimentos en el Código del Derecho foral de Aragón.</i> | 205 |
| 3. | La viudedad foral aragonesa. Situación jurídica del viudo: derechos y obligaciones | 208 |
| | 3.1. <i>Viudedad foral aragonesa</i> | 208 |
| | 3.1.1. Consideraciones generales. | 208 |
| | 3.1.2. Concepto. | 209 |
| | 3.1.3. Naturaleza: un derecho familiar. | 209 |
| | 3.2. <i>Situación jurídica del viudo: derechos y obligaciones</i> | 210 |
| | 3.2.1. Consideraciones generales. | 210 |
| | 3.2.2. Posición jurídica del viudo en ámbito familiar y sucesorio. | 211 |
| | 3.2.2.1. Preceptos que regulan la situación del viudo usufructuario en el ámbito familiar y sucesorio | 211 |
| 4. | Alimentos y viudedad foral | 212 |
| | 4.1. <i>La regulación vigente y sus antecedentes</i> | 212 |
| | 4.1.1. El art. 298 CDFA: Precedente inmediato: el art. 84 Comp. | 212 |
| | 4.1.2. Antecedentes remotos: del Apéndice a los Fueros 1º y 2º <i>De Alimentis</i> de 1390 y 1398 | 213 |
| | 4.2. <i>La doctrina de los autores del siglo XIX</i> | 215 |
| | 4.3. <i>La sentencia de la AP de Teruel de 10 de marzo de 2023</i> | 216 |
| | 4.3.1. ¿Una sentencia pionera? | 216 |
| | 4.3.2. El contenido de la obligación: sujetos y objeto | 217 |

CAPÍTULO 13

**CONSECUENCIAS CIVILES DE LA VIOLENCIA
ECONÓMICA POR DEUDAS DE ALIMENTOS**

| | |
|--------------------------------------------------------------------------------|-----|
| ISAAC TENA PIAZUELO | 219 |
| 1. Introducción | 219 |
| 2. La influencia de la jurisprudencia | 220 |
| 3. Contextos | 221 |
| 3.1. <i>La ruptura familiar</i> | 221 |
| 3.2. <i>Las pensiones de alimentos.</i> | 222 |
| 4. Violencia económica | 223 |
| 5. Consecuencias civiles del impago de las pensiones alimenticias | 226 |
| 5.1. <i>La posibilidad de privación de la patria potestad</i> | 226 |
| 5.2. <i>La atribución de la guarda de los hijos.</i> | 227 |
| 5.3. <i>La afectación de los derechos de visita</i> | 230 |
| Conclusiones | 231 |

CAPÍTULO 14

**DEVOLUCIÓN DE ALIMENTOS INDEBIDOS POR EL
DESCUBRIMIENTO DE LA FALSA PATERNIDAD. STATUS
QUO DE LA MATERIA TRAS LA RECIENTE STS 1098/2024**

| | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| ALBERTO HERRERO MARTÍNEZ. | 233 |
| 1. Introducción. La doctrina de la inmunidad familiar | 233 |
| 2. Aproximación al problema de la devolución de alimentos por falsa paternidad | 235 |
| 3. La devolución de los alimentos indebidos por la vía del cobro de lo indebido | 236 |
| 3.1. <i>Base jurídica.</i> | 236 |
| 3.2. <i>Las reticencias del Tribunal Supremo en el cobro de lo indebido</i> | 238 |

| | |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 4. La reparación de los daños morales consecuencia del engaño por la vía de la responsabilidad civil extracontractual .. | 239 |
| 4.1. <i>Base jurídica</i> | 239 |
| 4.2. <i>Breve evolución jurisprudencial</i> | 240 |
| Conclusiones | 241 |

CAPÍTULO 15

APROXIMACIÓN JURISPRUDENCIAL A LA OBLIGACIÓN DE PAGO DE ALIMENTOS EN FAVOR DE HIJOS MAYORES DE EDAD

| | |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| CARLOS DE LARA VENCES | 243 |
| 1. Introducción | 243 |
| 2. Naturaleza jurídica de la obligación de alimentos respecto de hijos mayores de edad | 245 |
| 3. Requisitos jurisprudenciales para la procedencia de la pensión de alimentos a hijos mayores | 246 |
| 3.1. <i>Situación de necesidad del hijo</i> | 246 |
| 3.2. <i>Convivencia del hijo con el progenitor</i> | 247 |
| 3.3. <i>Actitud diligente del hijo alimentista</i> | 247 |
| 4. Legitimación procesal para reclamar alimentos en favor de hijos mayores de edad | 248 |
| 5. Extinción de la pensión de alimentos | 250 |
| 5.1. <i>Adquisición de independencia económica del hijo</i> | 250 |
| 5.2. <i>Falta de aprovechamiento o desinterés grave del hijo</i> | 250 |
| 5.3. <i>Falta grave de diligencia o abandono de la relación familiar</i> .. | 250 |
| 6. Eficacia temporal de la obligación | 251 |
| 7. Relevancia de los pactos y autonomía privada en la pensión de alimentos a hijos mayores | 252 |
| 7.1. <i>Pactos en convenios reguladores aprobados judicialmente en procesos relativos a crisis matrimoniales</i> | 252 |
| 7.2. <i>Pactos extrajudiciales</i> | 253 |

| | <i>Página</i> |
|------------------------------------------------------------------------------------|---------------|
| 8. Uso de la vivienda familiar y alimentos: límites jurisprudenciales | 253 |
| Conclusión | 254 |

CAPÍTULO 16

TENDENCIAS ACTUALES EN LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA CHILENOS SOBRE LOS ALIMENTOS PARA HIJOS MAYORES DE EDAD QUE ESTUDIAN

| | |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| MARCELA ACUÑA SAN MARTÍN | 255 |
| 1. Introducción | 255 |
| 2. Particularidades de la regulación chilena del derecho de alimentos para los hijos | 257 |
| 3. Caso especial de los hijos mayores de edad que estudian .. | 258 |
| 4. Tendencias de los tribunales superiores de justicia chilenos sobre alimentos para hijos mayores de edad que estudian | 260 |
| 4.1. <i>Tesis amplia</i> | 261 |
| 4.2. <i>Tesis restringida</i> | 262 |
| 4.3. <i>Tesis intermedia</i> | 264 |
| Conclusiones | 265 |

CAPÍTULO 17

EL USUFRUCTO Y LA OBLIGACIÓN DE LOS ALIMENTOS A LOS DESCENDIENTES DEL CÓNYUGE PREMUERTO

| | |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| MARIO DIEZ ROYO | 267 |
| 1. Introducción | 267 |
| 2. La obligación de la viuda de alimentar a los descendientes del cónyuge premuerto | 269 |
| 3. El desarrollo histórico del derecho de viudedad y la obligación de alimentos de los hijos comunes y no comunes .. | 272 |

| | <i>Página</i> |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------|
| 3.1. <i>El nacimiento del derecho de viudedad en la Compilación de 1247</i> | 272 |
| 3.2. <i>El fuero de De Alimentis añadido por Juan I «El Cazador» (1387-1396)</i> | 272 |
| 3.3. <i>La adhesión de los hijos no comunes al fuero de De Alimentis añadido por Martín I «El Humano» (1396-1410)</i> | 273 |
| 4. Un análisis comparado de las sentencias sobre la pensión de alimentos. | 274 |
| 4.1. <i>Sentencia de la AP de Zaragoza de 27 de diciembre de 2011.</i> .. | 274 |
| 4.1.1. Exposición del supuesto de hecho | 274 |
| 4.1.2. Resolución de la Audiencia | 274 |
| 4.2. <i>Auto de la AP de Zaragoza de 16 de febrero 2020</i> | 275 |
| 4.2.1. Supuesto de hecho | 275 |
| 4.2.2. Fundamentos de derecho | 275 |
| 4.3. <i>Sentencia de la AP de Teruel de 10 de marzo de 2023.</i> | 276 |
| 4.3.1. Exposición de supuesto de hecho | 276 |
| 4.3.2. Resolución de la Audiencia | 276 |
| Conclusión | 277 |

CAPÍTULO 18

LA EXCEPCIÓN DE LITISPENDENCIA Y SU RELACIÓN CON EL CONCEPTO DE CONEXIDAD EN EL ÁMBITO DEL REGLAMENTO 4/2009 RELATIVO A LAS OBLIGACIONES ALIMENTICIAS

| | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| MISERICORDIA CAVALLER VERGÉS | 279 |
| 1. Introducción | 279 |
| 2. Análisis de la Sentencia C-381/23 del Tribunal de Justicia de Luxemburgo de 6 de junio de 2024 | 281 |
| 2.1. <i>Hechos</i> | 281 |
| 2.2. <i>La cuestión prejudicial planteada.</i> | 282 |
| 3. La competencia judicial: los dos procedimientos instados en el caso Geterfer | 282 |

| | <i>Página</i> |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------|
| 3.1. <i>El primer procedimiento judicial</i> | 282 |
| 3.2. <i>El segundo procedimiento judicial instado</i> | 283 |
| 4. Problemas prácticos relativos a la competencia judicial en el seno de la UE: litispendencia y conexidad | 284 |
| 5. La aplicación de la excepción de litispendencia en el artículo 12 del Reglamento 4/2009. | 285 |
| 5.1. <i>Requisitos materiales de la litispendencia</i> | 286 |
| 5.1.1. <i>Identidad subjetiva</i> | 287 |
| 5.1.2. <i>Identidad objetiva</i> | 288 |
| 5.1.3. <i>Identidad de causa de pedir</i> | 288 |
| 6. La conexidad | 289 |
| Conclusiones | 290 |

CUARTA PARTE
CUESTIONES ACTUALES SOBRE MEDIDAS DE
APOYO AL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA
Y CAPACIDAD DE LOS MENORES

CAPÍTULO 19

LA GUARDA DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL SISTEMA ITALIANO

| | |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| VIRGINIA ZAMBRANO | 295 |
| 1. Contexto general y necesidades de reforma | 295 |
| 2. Un primer problema: discapacidad y naturaleza jurídica del administrador de apoyo | 298 |
| 3. La relación entre interdicción e incapacitación | 301 |
| 4. Contenidos de la actividad | 303 |
| 5. La participación del discapacitado en el procedimiento. | 308 |
| 6. Consentimiento y rechazo al tratamiento médico | 313 |
| Conclusiones | 317 |

CAPÍTULO 20

CURATELA VERSUS VOLUNTAD: REDEFINIENDO LA CURATELA COMO INSTRUMENTO DE APOYO A LA AUTONOMÍA JURÍDICA

| | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| ALEJANDRO MANZORRO REYES | 319 |
| 1. Situación y contexto | 319 |
| 2. Alcance de la nueva curatela | 322 |
| 3. Curatela <i>versus</i> voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad | 324 |
| 3.1. <i>Principios generales de la curatela. Diferencia entre asistencia y representación</i> | 324 |
| 3.2. <i>El nuevo marco normativo: hacia un modelo basado en la autonomía.</i> | 324 |
| 4. La oposición del interesado, una cuestión controvertida | 325 |
| 4.1. <i>¿Es posible la adopción de medidas de apoyo en contra de la voluntad del interesado?</i> | 325 |
| 4.2. <i>La interpretación del artículo 268 CC. Medidas contra la voluntad del interesado</i> | 326 |
| 4.3. <i>Breve referencia jurisprudencial</i> | 327 |
| 4.4. <i>El papel de la Observación General núm. 1 de 2014 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad</i> | 327 |
| 4.5. <i>La omisión del interés de la persona con discapacidad en la Ley 8/2021</i> | 328 |
| 4.6. <i>Conclusión. El equilibrio entre el respeto a la voluntad y la necesidad de protección</i> | 330 |

CAPÍTULO 21

REFLEXIONES SOBRE EL JUICIO DE CAPACIDAD EN LA CURATELA

| | |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| PABLO MURUAGA HERRERO | 333 |
| 1. Del prêt-à-porter jurídico al traje a medida: cambios de paradigma en torno a la curatela | 333 |

| | <i>Página</i> |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------|
| 2. Cuatro sentencias como excusa: entre la falta de justificación, la falta de motivación y la falta de proporcionalidad . | 335 |
| 2.1. <i>Huida del juicio estandarizado: STS de 12 de junio de 2024. .</i> | 335 |
| 2.2. <i>Curatela representativa o no representativa: STS de 18 de septiembre de 2024.</i> | 337 |
| 2.3. <i>¿Eran necesarias las medidas?: STS de 24 de septiembre de 2024</i> | 339 |
| 2.4. <i>La proporcionalidad como piedra de toque: STS de 23 de octubre de 2024.</i> | 340 |
| 3. Consideraciones finales sobre el juicio de capacidad. | 342 |

CAPÍTULO 22

LA REMOCIÓN DEL CURADOR EN CLAVE PROCESAL

| | |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| NANCY CARINA VERNENGO PELLEJERO. | 345 |
| 1. Introducción: tutela, curatela y guarda de hecho, tras la reforma por la Ley 8/2021, de 2 de junio | 345 |
| 2. El curador y su remoción en el sistema judicial español . . . | 347 |
| 2.1. <i>Los motivos de remoción</i> | 349 |
| 2.2. <i>Sujetos legitimados para promover la remoción</i> | 352 |
| 2.3. <i>Procedimiento de remoción en la Ley de Jurisdicción Voluntaria y su transformación en el contencioso de la Ley de Enjuiciamiento Civil.</i> | 353 |
| Conclusiones | 356 |

CAPÍTULO 23

PUNTOS CALIENTES EN EL MAPA DE CALOR: INTERVENCIÓN DE LAS PERSONAS CON NECESIDADES ESPECIALES EN LOS PROCESOS PARA LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS DE APOYO

| | |
|----------------------------------|-----|
| DANIEL VALLS BROCO | 357 |
| 1. Introducción | 357 |

| | <i>Página</i> |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------|
| 2. El mapa de calor: necesidades y deficiencias de la Ley 8/2021 | 358 |
| 3. Brotos verdes: la figura del facilitador | 359 |
| 4. La esperanza de los ajustes de procedimiento: garantías <i>sui generis</i> ante la insuficiencia normativa | 360 |
| 5. Aproximación jurisprudencial al ilusorio oasis legislativo en el desierto de medios de los tribunales | 362 |
| Conclusiones | 364 |

CAPÍTULO 24

EL NOTARIO COMO PRESTADOR DE APOYOS EN EL OTORGAMIENTO DE TESTAMENTO

| | |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| AURELIO BARRIO GALLARDO | 365 |
| 1. Los intervalos de lucidez | 365 |
| 1.1. <i>La redacción originaria del Código Civil</i> | 365 |
| 1.2. <i>Cambios introducidos por la Ley 30/1991</i> | 366 |
| 1.3. <i>La Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad</i> | 368 |
| 2. El personalismo testamentario y la prestación de apoyos .. | 369 |
| 2.1. <i>El carácter estrictamente personal del testamento</i> | 369 |
| 2.2. <i>Un hito jurisprudencial: la STS 15 marzo 2018</i> | 370 |
| 3. Redescubriendo la labor notarial | 372 |
| 3.1. <i>El fedatario público y la Circular 3/2021</i> | 372 |
| 3.2. <i>Informe de facultativos y otros profesionales</i> | 376 |

CAPÍTULO 25

DESAFÍOS JURÍDICOS Y REGISTRALES EN LA TRANSICIÓN AL MODELO DE APOYOS EN LA TOMA DE DECISIONES: UN ANÁLISIS CRÍTICO DE LA RESOLUCIÓN NÚM. 953-2021-SUNARP-TR

| | |
|------------------------------|-----|
| ANALUCÍA TORRES FLOR | 379 |
| 1. Introducción | 380 |

| | <i>Página</i> |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------|
| 2. El modelo de apoyos en la toma de decisiones y el proceso de transición normativa en el Perú | 381 |
| 2.1. <i>El proceso de interdicción y sus tensiones con el modelo de apoyos en la toma de decisiones</i> | <i>383</i> |
| 3. Análisis crítico de la Resolución núm. 953-2021-SUNARP-TR | 385 |
| 3.1. <i>Fundamentos normativos y registrales de la decisión</i> | <i>385</i> |
| 3.2. <i>Impacto de las disposiciones complementarias transitorias del Decreto Legislativo núm. 1384 sobre la calificación registral</i> | <i>386</i> |
| 4. Desafíos en la implementación práctica del modelo de apoyos en la toma de decisiones | 387 |
| 4.1. <i>Barreras jurídicas y estructurales en el sistema registral</i> | <i>387</i> |
| 4.2. <i>El rol de juez y del registrador en la reconducción de los procesos de interdicción</i> | <i>388</i> |
| 5. Fortalecimiento del sistema registral: acceso efectivo a apoyos en la toma de decisiones y reformas necesarias | 389 |
| 5.1. <i>Reformas normativas y administrativas necesarias</i> | <i>389</i> |
| 5.2. <i>Mecanismos para garantizar el acceso efectivo a los apoyos en la toma de decisiones</i> | <i>390</i> |
| Conclusiones | 391 |

CAPÍTULO 26

REPRESENTACIÓN DE UN MENOR EN UN CASO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS PERSONALES VIOLADOS INJUSTAMENTE POR EL OTRO PROGENITOR: LÍNEA JURISPRUDENCIAL ACTUAL EN POLONIA

| | |
|------------------------------------------------------------------------|------------|
| DARIUSZ SKŁODOWSKI | 393 |
| 1. Introducción y el marco legal de la representación | 393 |
| 2. El caso del Tribunal Supremo | 394 |
| 3. Decisiones judiciales y patria potestad | 396 |
| Conclusiones y jurisprudencia relevante | 398 |
| Reflexión final sobre el caso | 401 |

CAPÍTULO 27

EMPRENDER SIENDO MENOR DE EDAD. UNA APROXIMACIÓN DESDE LA JURISPRUDENCIA

| | |
|---------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| FRANCISCO MOLINS SANCHO..... | 403 |
| 1. Introducción: el emprendimiento juvenil en España | 403 |
| 2. La edad como requisito de capacidad para ser emprendedor | 406 |
| 3. Vías para el emprendimiento de los menores | 409 |
| 3.1. <i>Imposibilidad del menor de emprender aun con consentimiento paterno</i> | 410 |
| 3.2. <i>La iniciativa emprendedora del menor emancipado</i> | 411 |
| 3.3. <i>El emprendedor como socio de una sociedad mercantil</i> | 412 |
| Conclusiones | 413 |

Capítulo 1

Desfaziendo y (en algún caso) faziendo entuertos: sobre alguna jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo en Derecho de Familia

CARLOS MARTÍNEZ DE AGUIRRE
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO. 2. SOBRE LAS OBLIGACIONES DE LOS CÓNYUGES Y LA INDEMNIZACIÓN POR INCUMPLIMIENTO. 3. SOBRE ALGUNOS EFECTOS DE LA SEPARACIÓN Y EL DIVORCIO. 3.1. *Uso de la vivienda familiar*. 3.2. *Extinción de la pensión por desequilibrio*. 4. SOBRE ALGUNOS ASPECTOS DE LA FILIACIÓN. 4.1. *La posesión de estado*. 4.2. *Los reconocimientos de complacencia*. EPÍLOGO.

1. PLANTEAMIENTO

Decía el profesor Álvaro D'ORS, de quien tuve la suerte de aprender Derecho Romano, al comenzar mis estudios universitarios, que Derecho es lo que dicen los jueces: no quiero ahora profundizar en la idea, pero sí servirme de ella para justificar el contenido de este trabajo: de lo que voy a hablar a continuación es de lo que han dicho unos jueces especialmente cualificados (los que forman parte de la Sala Civil del Tribunal Supremo español), acerca de algunas cuestiones de Derecho de Familia: en su conjunto, esta es una materia en la que la jurisprudencia es abundante, muchas veces acertada, pero en ocasiones contradictoria o susceptible si no de crítica, sí de matización: a todo ellos se refieren los entuertos que *faze* (cuando se contradice, o abre flanco a la crítica) o *desfaze* (cuando acierta, en la mayor parte de las ocasiones) nuestro Tribunal Supremo: todo, desde esa mezcla

entre frivolidad y presunción con la que me permito calificar como acertada o no esa jurisprudencia.

Una última advertencia, casi excusa: precisamente por haber optado por abordar varias cuestiones, la exposición va a ser relativamente superficial: me conformo con aportar alguna información, y abrir vías de reflexión sobre lo que dicen las leyes, y lo que dice el Tribunal Supremo sobre lo que dicen las leyes. Por lo demás, el orden que seguiré es el propio de un programa de la asignatura, que me parece muy razonable.

2. SOBRE LAS OBLIGACIONES DE LOS CÓNYUGES Y LA INDEMNIZACIÓN POR INCUMPLIMIENTO

Mi primera parada van a ser las obligaciones de los cónyuges y su eficacia, en el Derecho español. Como es sabido, El Código civil establece en sus arts. 67 y 68, un conjunto de deberes a cargo de los cónyuges; tales deberes son los de respetarse, ayudarse mutuamente, actuar en interés de la familia, vivir juntos, guardarse fidelidad, socorrerse mutuamente y «*compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes, descendientes y otras personas dependientes a su cargo*». Pero ¿cuál es el alcance y eficacia real de estas obligaciones? Para determinarlo, creo conveniente añadir otra idea, y es que una obligación vale (obliga) lo que valen las consecuencias de su incumplimiento. Y lo que ocurre es que, en la vigente regulación del matrimonio, los deberes conyugales, con la única excepción del deber de socorro en su vertiente patrimonial, carecen casi por completo de relevancia legal, ya que su incumplimiento no provoca prácticamente ninguna consecuencia jurídica: ni se conceden mecanismos de reacción al cónyuge cumplidor, ni el cónyuge incumplidor afronta sanción jurídica relevante como consecuencia de su incumplimiento. De ahí que se tienda a calificar dichos deberes, crecientemente, como deberes de naturaleza ética, moral o social, pero no como deberes estrictamente jurídicos.

En efecto, los deberes conyugales son directamente incoercibles (no es posible solicitar, ni conseguir, su cumplimiento forzoso *in natura*), y su incumplimiento no se vincula a la posibilidad de solicitar la separación o el divorcio por parte del cónyuge cumplidor (porque el sistema español es de divorcio o separación unilateral sin causa), y sólo de él, ni, al decir del TS, tiene como consecuencia la posibilidad de que el cónyuge cumplidor solicite una indemnización por los daños y perjuicios, básicamente morales, derivados del incumplimiento del deber de que se trate (STS. de 30 de julio de 1999 [RJ 1999, 5726] y 13 de noviembre de 2018 [RJ 2018, 5158]). La única excepción es, como ya se ha indicado, el deber de socorro mutuo, en su dimensión patrimonial. Precisamente en esas sentencias quería detenerme

brevemente: en efecto, cabría plantear la posibilidad de solicitar una indemnización por el daño causado al cónyuge cumplidor por la infracción de las obligaciones conyugales, con fundamento bien en el art. 1.101 CC, entendiendo que el matrimonio es un contrato generador de obligaciones, cuyo incumplimiento acarrea al incumplidor la obligación de indemnizar, bien en el más genérico art. 1.902 CC, y acudiendo en todo caso a la idea de daño moral. Esta posibilidad, admitida por la jurisprudencia francesa o italiana, ha sido, sin embargo, rechazada por nuestro Tribunal Supremo en las citadas sentencias de 30 de julio de 1999 [RJ 1999, 5726] y 13 de noviembre de 2018 [RJ 2018, 5158]. En la primera (a cuya doctrina, que expresamente mantiene, se remite la segunda), afirma el Tribunal Supremo, en relación con el deber de fidelidad, que su única consecuencia jurídica es la de estimar su ruptura como una de las causas de separación matrimonial, pero sin asignarle consecuencias económicas, sin que quepa comprender la exigibilidad de dichas consecuencias en el art. 1.101 CC.

La primera de las dos sentencias es anterior a la reforma de 2005, que es la que introdujo en nuestro Derecho la separación y divorcio unilateral sin causa. Tras esta reforma, parece que habría sido oportuno replantear la negativa del Tribunal Supremo a considerar indemnizable el daño moral causado por el incumplimiento de los deberes conyugales: admitiendo tal indemnización se conseguiría mantener estos deberes en el ámbito estrictamente jurídico, que es donde los coloca el Código civil al regularlos. Sin embargo, el Tribunal Supremo ha mantenido expresamente la doctrina que sentó en su sentencia de 1999, en la más reciente de 2018, que rechaza nuevamente la indemnizabilidad por daño moral del incumplimiento de los deberes conyugales (en este caso, el de fidelidad); de esta forma se consolida definitivamente la doctrina contenida en la primera de las sentencias indicadas.

Ahora bien, si, al decir del Tribunal Supremo, la única consecuencia jurídica de la infracción del deber de fidelidad era la de constituir causa de separación (e, indirectamente, de divorcio), la desaparición de las causas de separación y de divorcio priva a dicha infracción de cualquier consecuencia jurídica. Esto es tanto como dejar a los deberes conyugales (salvo, una vez más, el de mutuo socorro, en su vertiente patrimonial) sin contenido jurídico relevante. Unos deberes incoercibles, cuyo incumplimiento carece de consecuencias personales y patrimoniales, y cuya misma subsistencia depende exclusivamente de la voluntad del «obligado», quien puede hacerlos desaparecer mediante el libre recurso al divorcio, no son verdaderos deberes desde el punto de vista jurídico: a nada obligan, en realidad. De ahí que, si se quiere mantener la calificación de deberes jurídicos derivada del significativo hecho de que sean explícitamente impuestos por una regla

legal, parezca razonable conceder la indemnización por el daño moral que su incumplimiento pueda ocasionar al cónyuge ofendido.

3. SOBRE ALGUNOS EFECTOS DE LA SEPARACIÓN Y EL DIVORCIO

Me voy a referir a continuación a algunas cuestiones en el marco de las consecuencias de la separación y el divorcio, que es uno de los temas en los que hay una jurisprudencia muy abundante. Y aquí me voy a detener, en primer lugar, en el derecho de uso de la vivienda familiar, y en segundo lugar en la extinción de la pensión por desequilibrio.

3.1. USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

En principio, corresponde a los cónyuges acordar lo relativo al uso de la vivienda y ajuar familiar en el convenio regulador (art. 90.1.c) CC). En defecto de acuerdo, es el juez quien debe determinar lo relativo a esta cuestión. En relación con ello, el Tribunal Supremo ha afirmado reiteradamente que «el derecho a la vivienda acordado judicialmente en la sentencia de separación o de divorcio no tiene carácter de derecho real» (STS 14 de enero de 2010 [RJ 2010, 2323], 18 de enero de 2010 [RJ 2010, 1274], 6 de marzo de 2015 [RJ 2015, 1104], 18 de abril de 2023 [RJ 2023, 2467]). Esta doctrina me parece acertada. El punto de partida en esta materia es que el marco del derecho a usar la vivienda atribuido judicialmente a los hijos comunes y uno de los cónyuges (o, en su caso, a uno de los cónyuges), es el derecho preexistente sobre el que fundaban su utilización de la vivienda (propiedad de uno de los cónyuges o de ambos, arrendamiento, comodato, precario, etc.), de forma que el derecho de uso atribuido judicialmente no puede ir más allá de ese marco; en mi opinión, la decisión judicial no añade nada a ese derecho preexistente, ni crea un derecho nuevo y distinto del anterior, sino que desplaza o concentra las facultades de uso de la vivienda que derivan de dicho derecho preexistente, en favor de los hijos y el cónyuge al que atribuye el uso, con independencia de si es titular o no del derecho originario: el derecho a usar la vivienda atribuido judicialmente deriva del derecho previamente existente (propiedad, copropiedad, usufructo, arrendamiento, comodato, precario...) y no puede tener una consistencia superior a él.

En este sentido, el Tribunal Supremo entiende que la situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo para su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar, una vez rota la convivencia, es la propia de un precarista, con independencia de que le hubiera sido atribuido el derecho de uso

y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, por resolución judicial, de modo que el propietario de la vivienda puede ejercitar el desahucio en cualquier momento (STS. 26 de diciembre de 2005 [RJ 2006, 180], 22 de octubre de 2009 [RJ 2009, 5704], 18 de enero de 2010 [RJ 2010, 1274], 6 de marzo de 2015 [RJ 2015, 1104]).

En relación con este derecho, El Tribunal Supremo, en jurisprudencia reciente, ha considerado causa de extinción del derecho de uso atribuido a los hijos y al progenitor custodio la convivencia en la vivienda familiar del nuevo cónyuge o pareja de hecho del progenitor custodio, por entender que la vivienda pierde su carácter de familiar, por servir su uso a una familia diferente (STS. 20 de noviembre de 2018 [RJ 2018, 5086], 29 de octubre de 2019 [RJ 2019, 4495] y 23 de septiembre de 2020 [RJ 2018, 5086]).

Añade el Tribunal Supremo que los menores siguen teniendo intacto su derecho a una vivienda, que corresponde satisfacer a ambos progenitores. La decisión se complementa, sobre todo en la STS de 29 de octubre de 2019 [RJ 2019, 4495], con la fijación de un plazo de un año para el abandono de la que hasta la sentencia era la vivienda familiar, y por la toma en consideración del valor que tiene el uso de la vivienda a efectos del cómputo de la pensión alimenticia, de manera que el progenitor beneficiado por la extinción de ese derecho de uso, debe compensarlo mediante un aumento de su aportación dineraria. Esta doctrina, ya consolidada, es susceptible de crítica, al menos desde dos puntos de vista: (i) en realidad, no hay una nueva familia formada por el conjunto de la madre, los hijos y la nueva pareja, porque el conviviente carece de relaciones familiares legales con los hijos del primer matrimonio, y porque está claro que la vivienda sigue estando primordialmente al servicio de la familia a cuyo uso se destinó: desde ese punto de vista, la vivienda sigue sirviendo principalmente al interés familiar más necesitado de protección, que es el de los hijos comunes del matrimonio civilmente disuelto; (ii) acaba poniendo el interés de los hijos, que teóricamente es el preferente, por debajo del interés del progenitor no custodio, al extinguir el derecho que permite a los hijos seguir viviendo en el que fue domicilio familiar, y sustituirlo por una mera expectativa de vivienda que debe gestionar y pagar el progenitor custodio.

3.2. EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN POR DESEQUILIBRIO

Pasemos ahora a la extinción de la pensión por desequilibrio. Como es sabido, la pensión que lo sea efectivamente, y no una mera compensación a tanto alzado, se extingue por las causas fijadas en el art. 101 CC: cese de la causa que la motivó, matrimonio del acreedor, o convivencia marital del acreedor con otra persona. De ellas voy a detenerme en la última.

Tanto en el caso del matrimonio como de la unión no matrimonial se entiende que la nueva unión (matrimonial o no) proporciona al cónyuge acreedor de la pensión un nuevo *modus vivendi*, ligado al nacimiento de un nuevo deber de socorro como consecuencia del ulterior matrimonio, o de la economía compartida derivada de la nueva situación de convivencia, de forma que se reequilibra la posición del ex cónyuge acreedor: la clave aquí es, al menos en parte (pero en parte importante), la aparición de una economía común que está directamente ligada a la existencia de una vida en común; también se aduce que no sería razonable que el nuevo cónyuge del acreedor, o quien convive con él, se beneficie de la pensión que éste obtiene de su excónyuge. La extensión a las uniones no matrimoniales se fundamenta en el deseo de evitar el fraude: si la extinción de la pensión estuviera ligada únicamente al matrimonio, nada más fácil que convivir sin casarse, para no perderla.

Pero vamos con lo que me interesa subrayar: en la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, la vida marital no entraña necesariamente convivencia continuada bajo el mismo techo, sino más bien una relación afectiva, prolongada en el tiempo, socialmente conocida y caracterizada por la exclusividad: son suficientes, a estos efectos, la permanencia temporal o las visitas recíprocas en los respectivos domicilios, o en establecimientos hosteleros (STS 9 de febrero de 2012 [RJ 2012, 2040], 28 de marzo de 2012 [RJ 2012, 5591], 27 de enero de 2017 [RJ 2017, 358]). Sin embargo, como en el caso anterior, esta doctrina suscita algunas dudas, sobre todo si se pone en relación con el indicado fundamento de la regla legal, ya que es claro que si lo que hacen es mantener cada uno su propia vivienda y vivir en ella de forma autónoma, no hay ni vida en común ni economía común que justifique la desaparición de la pensión: sería, por tanto, la mera presencia de la relación afectiva la que la haría desaparecer, pero entonces no se ve claramente cuál es el fundamento de la pensión, que evidentemente no puede ser la de la existencia de una relación afectiva entre los ex cónyuges. En mi opinión, es una doctrina que debería ser repensada desde el punto de vista teleológico.

4. SOBRE ALGUNOS ASPECTOS DE LA FILIACIÓN

Y ahora, saltamos del matrimonio a la filiación, campo también en el que hay jurisprudencia muy abundante. Nuevamente, voy a detenerme en dos cuestiones concretas: la posesión de estado, y los reconocimientos de complacencia.

4.1. LA POSESIÓN DE ESTADO

Dice el muy mejorable art. 113 CC, que *«la filiación se acredita por la inscripción en el Registro civil, por el documento o sentencia que la determina legalmente, por la presunción de paternidad matrimonial y, a falta de los medios anteriores, por la posesión de estado»*. El precepto mezcla indebidamente las ideas de atribución, determinación y prueba de la filiación, lo que ha generado una doctrina jurisprudencial que en lugar de aclararlo, introduce todavía más confusión, según el sentir prácticamente unánime de la doctrina.

Vamos con la posesión de estado, que es considerada por el art. 113 CC, como un medio de acreditación de la filiación, a falta de otros. Puede ser definida como la apariencia de que existe entre dos personas una relación de filiación, creada por el ejercicio de las facultades propias de esa relación y por la convicción de la generalidad. El problema es el de su eficacia jurídica, sobre todo en sistemas en los que existe un instrumento, como es el Registro civil, que en términos generales permite conocer y probar satisfactoriamente las relaciones de filiación, y que por tanto hace que el papel de la posesión de estado sea mucho más reducido que si no existiera ese instrumento. A partir de ahí, se puede señalar lo siguiente:

1. Tanto en el tráfico como en los procesos que no tienen como objeto determinar la filiación, la posesión de estado es un medio de prueba excepcional. Ello, sin perjuicio de una cierta función de acreditación de la filiación, en sentido amplio, que la posesión de estado puede desarrollar en el tráfico más habitual, siempre que no se precise aportar prueba formal de dicha filiación: quien es considerado socialmente como hijo de otra persona no necesitará habitualmente probar de manera formal esa relación, que se considerará hecho notorio. En esta peculiar eficacia se fundamenta precisamente la propia figura de la posesión de estado, como mecanismo de protección a una apariencia que en las relaciones más ordinarias no necesita ser probada, porque su veracidad se da por supuesta. Cosa distinta es que sea necesario acreditar formalmente esa relación, cuando a ella se ligen determinadas consecuencias jurídicas, en cuyo caso la mera posesión de estado no será suficiente, y es ahí donde entra en juego el Registro civil.
2. En los procesos cuyo objeto es determinar la filiación, la posesión de estado puede actuar como prueba indirecta de la filiación reclamada o impugnada.

Además, la posesión de estado desempeña un importante papel, quizá excesivo, a la hora de fijar la legitimación para el ejercicio de las acciones de filiación (arts. 131, 132, 133, 137.4 y 140 CC).

Como se ha indicado, la posesión de estado es fundamentalmente un medio de prueba de la filiación, y desempeña un papel relevante a la hora de fijar la legitimación en las acciones de filiación. Sin embargo, al amparo del tenor literal del art. 131.1 CC («*cualquier persona con interés legítimo tiene acción para que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado*»), y en combinación con el principio de interés superior del hijo, algunas decisiones del Tribunal Supremo (STS de 5 de diciembre de 2013 [RJ 2013, 7566] y 15 de enero de 2014 [RJ 2014, 1265]) han llevado a considerarla como un verdadero título de determinación de la filiación (filiación determinada «por posesión de estado»). Este planteamiento es ajeno tanto a la configuración sistemática como a la función (básicamente probatoria, pero también de legitimación procesal) de la posesión de estado: y es que una cosa es que la filiación pueda probarse a través de la posesión de estado, si acaso en combinación con otros medios probatorios, y otra cosa es que la posesión de estado, por sí sola, permita atribuir la filiación. En realidad, el art. 131.1 establece una regla de legitimación, y responde a la pregunta de quién puede ejercitar una acción de reclamación de la filiación. En decisiones más recientes el Tribunal Supremo, sin llegar a rechazar formalmente la doctrina de las sentencias que he citado, se ha ido alejando de ella (STS de 27 de enero de 2022 [RJ 2022, 576], y 11 de julio de 2022 [RJ 2022, 3820]), llegando finalmente a afirmar que el vínculo socio-afectivo de los niños entre sí y con quien fue pareja de su respectivo padre no es por sí título para el establecimiento de un vínculo legal de filiación (STS de 16 de mayo de 2023 [RJ 2023, 2751]). Como afirma BARBER CÁRCAMO, R., en el sistema de filiación instaurado en 1981, la posesión de estado no es la pretensión articulada en la acción que contempla el art. 131.1 CC., sino el presupuesto para la legitimación activa (que corresponde a «cualquier persona con interés legítimo», a condición de que estemos ante una «filiación manifestada por la constante posesión de estado»). La misma autora pone de relieve, con cita de las STS de 9 de mayo de 2018 [RJ 2018, 1854] y 8 de octubre de 2019 [RJ 2019, 4060], que la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo contempla la posesión de estado como «el reflejo acreditativo de una relación de filiación biológica a la que manifiesta, y que por tanto la justifica y explica, por ser previa».

4.2. LOS RECONOCIMIENTOS DE COMPLACENCIA

Y vamos, ya para terminar esta breve exposición, con los reconocimientos de complacencia. Como es sabido, los reconocimientos de complacencia son

aquellos en los que el reconocedor sabe que no es biológicamente progenitor, pero voluntariamente reconoce la filiación: en este caso, hay una discordancia entre la filiación biológica y la legal que puede ser calificada como patológica, a diferencia de lo que ocurre en la adopción, en la que esa misma discordancia, que también existe, es asumida por la ley.

El problema surge cuando el reconocedor, ya padre legalmente del niño reconocido, quiere más tarde volverse atrás (en la mayor parte de los casos por haber desaparecido la relación afectiva que le unía con la madre, y que fue la que justifico en su momento el reconocimiento). Pero ese reconocimiento no es impugnabile por error, porque no lo hubo (el reconocedor era plenamente consciente de no ser padre biológico del reconocido). En cambio, si se ejercitara la acción de impugnación de la paternidad, previsiblemente triunfaría, porque las pruebas biológicas demostrarían que, efectivamente, el reconocido no es hijo biológico del reconocedor. Al decir del Tribunal Supremo sentando doctrina jurisprudencial, «la acción de impugnación de la filiación extramatrimonial, determinada por un reconocimiento de complacencia, puede ejercitarse por quien ha efectuado dicho reconocimiento, al amparo del artículo 140 CC, dentro de los cuatro años siguientes a la fecha del reconocimiento» (STS de 4 de julio de 2011 [RJ 2011, 5965]). La cuestión, sin embargo, dista de ser pacífica. En efecto, el ejercicio de esta acción, cuando es efectuado por el propio reconocedor, puede tropezar con problemas derivados de la infracción del principio de buena fe, y en particular del principio que impide ir contra los propios actos, los cuales habrían generado una suerte de reconocimiento revocable (a través del ejercicio de esta acción de impugnación). En esta línea, GALLO VÉLEZ ha considerado que los reconocimientos de complacencia son actos en fraude de ley desde dos vertientes: fraude a las normas que regulan la adopción, y fraude a la regla conforme a la cual las filiaciones no biológicas voluntarias no son revocables; a partir de ahí, la autora propone excluir del ejercicio de la acción de impugnación tanto al reconocedor como a la madre que consintió ese reconocimiento, en aplicación del principio de los actos propios, manteniendo sin embargo, la legitimación para impugnar la paternidad en favor del propio hijo reconocido.

La jurisprudencia en esta materia adolece de falta de coherencia, puesto que unas veces ha aplicado las reglas de impugnación de la paternidad a pretensiones de nulidad del reconocimiento (STS de 31 de octubre de 1997 [RJ 1997, 8438], 27 de mayo de 2004 [RJ 2004, 4265], 12 de julio de 2004 [RJ 2004, 5356]), mientras que en otras ha declarado la nulidad del reconocimiento cuando lo ejercitado es una acción de impugnación de la paternidad (STS. 28 marzo 1994 [JUR 1994, 4495], incluso la STS. 4 julio 2011 [RJ 2011, 5965]).

Finalmente, la STS de 15 de julio de 2016 [RJ 2016, 3196] ha fijado como doctrina jurisprudencial (la cita es larga, pero creo que vale la pena hacerla) que «cabe que quien ha realizado un reconocimiento de complacencia de su paternidad ejercite una acción de impugnación de la paternidad, fundada en el hecho de no ser el padre biológico del reconocido. Si esa acción prospera, el reconocimiento devendrá ineficaz. La acción procedente será la regulada en el artículo 136 CC. si la paternidad determinada legalmente por el reconocimiento es matrimonial en el momento de ejercicio de la acción; y será la que regula el artículo 140.II CC. si la paternidad es no matrimonial y ha existido posesión de estado, aunque ésta no persista al tiempo del ejercicio de la acción... En caso de que el autor del reconocimiento de complacencia y la madre del reconocido hayan contraído matrimonio con posterioridad al nacimiento de éste, la acción de impugnación de la paternidad que dicho reconocedor podrá ejercitar será la regulada en el artículo 136 CC, durante el plazo de caducidad de un año que el mismo artículo establece. También será esa la acción, cuando el reconocimiento se haya realizado con anterioridad a la celebración del referido matrimonio; y a no ser que hubiera caducado antes la acción que regula el artículo 140.II CC, en cuyo caso, el reconocedor no podrá ejercitar la acción del artículo 136 CC: el matrimonio no abrirá un nuevo plazo de un año a tal efecto». Esta doctrina ha sido reiterada por la STS de 28 de noviembre de 2016 [RJ 2016, 5636].

No es posible hacer ahora una crítica detallada a esta doctrina. Por eso me limitaré a señalar:

- a) Que con ella el Tribunal Supremo da como buena la posibilidad de crear vínculos legales de filiación sin base biológica al margen de la adopción, usando como vía el reconocimiento, y se da carta de naturaleza al fraude de ley que supone: se convierte así al reconocimiento en una alternativa legal a la adopción, creando una filiación revocable a voluntad, al menos durante los plazos de los arts. 136 y 140.II CC. De esta manera, el Tribunal Supremo extrae los reconocimientos de complacencia del ámbito de las patologías (legales) de la filiación, que es el que les corresponde, para introducirlos en el ámbito de la normalidad (legal) de la filiación, lo que no me parece correcto, sino perturbador.
- b) Que de esta forma se permite al reconocedor lograr un efecto similar al de la revocación, a través del ejercicio de una acción (la de impugnación de la paternidad) que se sabe que triunfará, porque el punto de partida es que el reconocedor-demandante no es biológicamente padre del reconocido. Es cierto que, desde un punto

de vista meramente formal, impugnar no es revocar, pero en una perspectiva sustantiva lo que se consigue es permitir al reconocedor establecer legalmente la paternidad mediante una mera declaración suya, y después hacerla desaparecer por obra nuevamente de su voluntad contraria, aunque con la carga de entablar un procedimiento judicial — que se sabe que será favorable — en los plazos legalmente establecidos. Puede no ser técnicamente una revocación, pero el efecto que se consigue es el mismo, a través de una vía más larga y complicada, pero igualmente segura: la clave es que, en efecto, el reconocedor-impugnante triunfará en su acción porque no es el padre biológico, como demostrarán las pruebas biológicas cuando se realicen.

En resumen, si se admite la impugnación de la paternidad por el reconocedor de complacencia resultan violados dos principios básicos del nuestro Derecho en esta materia: la irrevocabilidad del reconocimiento y el carácter indisponible del estado civil. Cabe identificar aquí, con GALLO VÉLEZ, un doble fraude de ley: en primer lugar a las reglas de la adopción, que son las que permiten establecer una filiación intencionalmente no biológica, y en segundo lugar a la regla de la irrevocabilidad de las filiaciones no biológicas (para la adopción, art. 180.1 CC; para las técnicas de reproducción asistida, art. 8 LTRHA). En efecto, mediante el reconocimiento de complacencia se logra establecer legalmente una filiación no biológica, empleando un mecanismo propio de la filiación biológica (por naturaleza), y eludiendo así las reglas sobre la adopción (primer fraude). Ahora bien, una vez establecida esta filiación, debería quedar sujeta a una regla básica de ese tipo de filiaciones en las que la voluntad juega un papel fundamental, que es la de su irrevocabilidad. En la medida en que mediante el ejercicio de la acción de impugnación se logra un efecto en todo semejante al de la revocación, es posible identificar un claro fraude a dicha regla (segundo fraude).

EPÍLOGO

Hasta aquí lo que quería exponer, breve y algo superficialmente: quedan en el tintero muchas otras cuestiones de interés, que no hay tiempo ni espacio para abordar. Pero antes de acabar quisiera añadir una reflexión final, y es que no me gustaría transmitir la idea de que la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo en Derecho de Familia es en su conjunto criticable, o poco acertada: antes bien, en la mayor parte de sus decisiones, el Tribunal Supremo hace lo que se espera de él: resuelve adecuadamente los casos que conoce, aclara la interpretación de normas confusas o poco claras, y complementa las reglas legales de manera muy razonable cuando hace falta: por

todo ello creo que tenemos que felicitarnos. Cosa distinta es que, como ocurre con las noticias, llamen más la atención los casos en los que esto puede no ser así. Pero es cierto también que esa jurisprudencia acertada no precisa rectificación.

Primera parte
Cuestiones actuales sobre doble maternidad y
gestación subrogada

Capítulo 2

La doble maternidad en España: evolución y situación actual

JAVIER NANCLARES VALLE
Universidad de Navarra

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA DOBLE MATERNIDAD POR NATURALEZA. 2.1. *Aparición de la figura*. 2.2. *Reforma civil y registral de la doble maternidad*. 2.3. *Desvinculación registral respecto del empleo de técnicas de reproducción asistida*. 3. ADMISIÓN DE UNA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA SEGUNDA MATERNIDAD. 4. INCIDENCIA DE LA «LEY TRANS» SOBRE LA DOBLE MATERNIDAD. 4.1. *Incertidumbre en torno al artículo 7.3 LTRHA*. 4.2. *Doble maternidad y acciones de filiación*. 4.2.1. *Reclamación de la segunda maternidad*. 4.2.2. *Impugnación de la segunda maternidad*.

1. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este trabajo es exponer la situación actual de la doble maternidad tras los cambios legales acaecidos en los últimos años y tras el tratamiento de esta materia por parte del Tribunal Supremo. A tal fin, ofreceré una visión panorámica de la figura en el Derecho español, desde sus albores hasta la actualidad, para centrarme en los principales hitos legales y judiciales que han dilatado su marco de aplicación más allá de lo inicialmente previsto por el legislador, así como en los problemas que se suscitan en la práctica al confrontar este particular supuesto de maternidad con un régimen de acciones de filiación erigido sobre premisas totalmente diversas.

2. LA DOBLE MATERNIDAD POR NATURALEZA

2.1. APARICIÓN DE LA FIGURA

La posibilidad legal de una doble maternidad es anterior a la reforma introducida en 2007 en el texto del artículo 7 LTRHA. En realidad, dos mujeres podían ser legalmente madres desde la admisión en el año 2005 del matrimonio entre personas del mismo sexo, resultando entonces posible ex art. 175.4 CC la adopción conjunta o sucesiva por ambas cónyuges, así como la adopción por una del hijo natural de su esposa, ex art. 178.2 CC. La novedad que introdujo la Disposición adicional primera de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, con su añadido de un apartado 3 al artículo 7 de la Ley 14/2006, fue que pudiese accederse a la doble maternidad sin necesidad de recurrir a la adopción. Lo cual, si tenemos en cuenta que, según el artículo 108 CC, la filiación sólo puede tener lugar por naturaleza o por adopción, nos abocaba a la integración de la novedosa figura dentro de la filiación por naturaleza.

En su redacción originaria, el artículo 7.3 LTRHA creaba un nuevo título de determinación de la filiación materna¹, que sólo regía para la filiación matrimonial. De esta manera se lograba un doble objetivo: de un lado, eludir el recurso a la adopción, que era vista a estos efectos como una solución discriminatoria (por argumentarse que los matrimonios de personas de distinto sexo no se veían necesitados de acudir a la adopción para ser conjuntamente progenitores); y, de otro lado, cubrir el vacío que, a efectos de determinar la filiación, dejaba la imposible aplicación de una presunción de maternidad² que imitase a la del art. 116 CC.

Los requisitos necesarios para la determinación e inscripción de la segunda maternidad eran los siguientes: 1. que existiera matrimonio con la madre usuaria de la técnica, excluyéndose, por tanto, situaciones familiares

-
1. Lo señala expresamente la RDGRN de 8 de febrero de 2017, según la cual en 2007 el art. 7.3 LTRHA introdujo en este ámbito un nuevo supuesto de determinación de la filiación matrimonial, diferente de la presunción del art. 116 CC, si bien condicionada al cumplimiento de determinados requisitos.
 2. Plantea su oportunidad, en cambio, QUICIOS MOLINA, S., «Doble maternidad y acciones de filiación: conceptos de voluntad de ser madre, posesión de estado e interés del menor. Comentario a la STS de 27 de enero 2022», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 120 (2022), p. 153, como alternativa menos mala a otras existentes a la hora de habilitar legalmente un medio de determinación de la doble maternidad, y sobre la base de que la filiación por naturaleza no tiene hoy necesariamente su fuente en la biología, sino también en la voluntad, pudiendo razonablemente presumirse *iuris tantum* que en la situaciones más normales de convivencia matrimonial la esposa de la usuaria consentiría esa doble maternidad.

con convivencia extramatrimonial; 2. que el consentimiento a que se determinase a su favor esa segunda maternidad fuese prestado con anterioridad al nacimiento del hijo; 3. que el consentimiento fuese prestado ante el Encargado del Registro civil del domicilio conyugal, eludiendo por tanto tomar como referencia, a efectos de determinación de la filiación³, la prestación de un consentimiento ante el centro médico anterior al uso de la técnica de reproducción asistida y manifestativo de un compromiso con ese proyecto de vida futura y de maternidad compartida (consentimiento que, ciertamente, nunca ha sido exigido por el art. 6.3 LTRHA, que desde su redacción originaria ha venido refiriéndose exclusivamente al consentimiento del marido).

De esta manera, se marcaban distancias con la figura del reconocimiento de filiación, cuya eficacia, según el art. 124 párrafo primero CC, requeriría de un consentimiento complementario o de la aprobación judicial, y que, en el caso del párrafo segundo, podría ver suspendida la inscripción de la filiación a simple petición de la madre que dio a luz; por el contrario, en el art. 7.3 LTRHA no se exigía el consentimiento de la mujer usuaria, esto es, de la esposa de aquella dispuesta a erigirse en segunda madre. Pero el nuevo título de determinación de la filiación también se separaba del *modus operandi* de la presunción de paternidad, pues ésta actúa automáticamente (sin perjuicio de la facultad de oposición reconocida en el art. 117 CC y de la posibilidad de impugnar la filiación así determinada), mientras que el título contemplado en el art. 7.3 LTRHA quedaba supeditado a la voluntad expresa de la esposa no usuaria, quien podía manifestar (o no, pues la decisión era suya) que consentía la determinación a su favor de la filiación del hijo de su cónyuge.

De no concurrir los citados requisitos legales, la determinación de la segunda maternidad resultaría improcedente y, en caso de ser inscrita registralmente, estaríamos ante un supuesto de nulidad del título de determinación de la filiación y de rectificación del asiento registral expresivo de la doble maternidad, como sucedió en el caso resuelto por la SAP Illes Balears 546/2012, de 5 de diciembre de 2012 (AC 2013, 76), donde la madre biológica fue quien, tiempo después, impugnó la maternidad de su exesposa, alegando que ésta no había consentido previamente al empleo de la técnica y que su conformidad a figurar como madre tuvo lugar en el expediente de inscripción del nacimiento del hijo, y no con anterioridad al mismo, como exigía el art. 7.3 LTRHA.

3. A diferencia de la solución del Derecho catalán (arts. 235-3, 235-8.1 y 235-13.1 CCCat), que atribuye la filiación de los hijos nacidos de la fecundación asistida de la madre al hombre o a la mujer que la han consentido expresamente en un documento extendido ante un centro autorizado o en un documento público.

Como ya he señalado, el artículo 7.3 LTRHA creó un nuevo título de determinación de la filiación materna. El problema es que lo hizo de un modo totalmente ajeno al sistema de filiación. Como afirma la profesora BARBER CÁRCAMO, R., es una «cuña de diferente madera»⁴. Este precepto era, y sigue siendo, un elemento extraño no sólo al sistema de filiación por naturaleza del Código civil, basado en la verdad biológica (aunque es cierto que el hijo podría ser genéticamente de la esposa de la usuaria en caso de emplearse la técnica ROPA), sino también al exiguo régimen de filiación aportado por la Ley 14/2006, basado en la voluntad procreacional, esto es, en el consentimiento emitido ante el centro médico antes de la fecundación.

Por el contrario, el art. 7.3 LTRHA pone el foco en la voluntad libre y sobrevenida de asumir la maternidad. Nótese la diferencia con el resto de la Ley 14/2006: en ésta, cuando hay fecundación heteróloga, la voluntad suple a la biología como fuente última de la filiación⁵, sin perjuicio de que los títulos de determinación sean los previstos en el Código civil⁶, dada su integración en la filiación por naturaleza⁷ y el ocultamiento del «carácter de

4. BARBER CÁRCAMO, R., «Situación actual del Derecho de Filiación en España», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXXVI, fasc. IV (2023), p. 1399.
5. En este sentido, la STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ 2014, 833), en relación a un caso de gestación por sustitución realizada en el extranjero, señala que «Llevan razón los recurrentes cuando afirman que las modernas regulaciones de las relaciones familiares no establecen como fuente exclusiva de la filiación el hecho biológico (...) 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 o conviviente de la mujer que se somete al tratamiento de reproducción asistida, que el ordenamiento jurídico toma en consideración como determinantes de la filiación».
6. ROMERO COLOMA, A.M., «La comaternidad en el ámbito de la reproducción asistida», *Revista de Derecho de Familia*, núm. 72 (2016) BIB\2016\4436, p. 6, recuerda que si bien la voluntad de crear una nueva vida manifestada ante el centro reproductivo no tiene el carácter de título de determinación (salvo precisamente en el caso del art. 7.3), sí es en cambio el criterio fundamental que utiliza la ley para la creación del vínculo jurídico de filiación.
7. En lo que no deja de ser una solución forzada, lo que lleva a parte de la doctrina a proponer la creación de un tercer tipo de filiación. Así BARBER CÁRCAMO, R., *Situación actual ... cit.*, pp. 1402-1403, considera aconsejable la separación de ambas filiaciones, para conseguir su tratamiento conforme a sus respectivas características y evitar un recurso impropio a la analogía. *Vid.* también DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., «La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida: reflexiones críticas a raíz de la jurisprudencia recaída sobre la materia», *Diario La Ley*, núm. 10182 (202), *La Ley* 10933/2022, p. 14, quien aboga por dejar de considerarla como una especie *sui generis* de filiación por naturaleza, lo que lleva a tener que forzar continuamente las categorías construidas en torno a esta para resolver problemas sólo presentes cuando la generación tiene lugar de modo artificial, y por reconocer un nuevo tipo de filiación cuyo título constitutivo sea la mera voluntad de procrear. Por

la generación» que impone el art. 7.2 LTRHA. Sólo cuando hay disputa y se acude a la vía judicial aflora esa voluntad como causa determinante de la filiación, y por eso se rechaza la acción impugnatoria del esposo que consintió (prescindiendo pues de la prueba biológica y atendiendo a que admitió el uso de la técnica) y se determina judicialmente la filiación respecto del conviviente que, pese a dar su consentimiento ante el centro médico, se niega luego a reconocer su paternidad (prescindiendo nuevamente del recurso a la prueba biológica y remitiéndose a que admitió en su momento el empleo de esa técnica⁸). En ambos casos, la ausencia de vínculo biológico con el hijo no permitirá a quien consintió ante el centro médico eludir sus obligaciones, quedando determinado como padre pese a que el hijo no sea, valga la expresión, sangre de su sangre⁹.

El artículo 7.3 LTRHA, sin embargo, va más allá, pues en él la voluntad se erige por sí misma en título de determinación extrajudicial de la maternidad. Y lo es pese a no guardar necesaria conexión con consentimiento alguno ante el centro médico que inspire y justifique la filiación pretendida. De este modo, la esposa de la usuaria será madre porque quiere serlo, aunque no haya consentido ante el centro médico ni haya emitido voluntad

su parte, CADENAS OSUNA, D., «La determinación de la segunda maternidad por naturaleza en el artículo 7.3 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida: requisitos para la aplicación del precepto y problemática que plantea», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXXV, fasc. I (2022), p. 86, propone seguir el modelo de regulación del art. 235-3 CCCat., con un régimen legal específico y común para todos los supuestos y en el que la filiación no se determine por la aplicación de las normas propias de la filiación por naturaleza, basadas en la verdad biológica, sino por la voluntad de los progenitores, dada la preeminencia en este caso del elemento volitivo.

8. Como señala DÍAZ MARTÍNEZ, A., «Reproducción asistida y acciones judiciales de filiación: una controvertida relación. Especial consideración de la doble maternidad, con o sin intervención de centros sanitarios autorizados», en *El Derecho civil ante los nuevos retos planteados por las técnicas de reproducción asistida*, Dykinson, Madrid 2021, p. 176, «la filiación derivada de técnicas de reproducción asistida necesariamente ha de modular la causa de pedir de una acción de filiación respecto de la legislación civil y procesal pensada para otra filiación, la biológica, por más que dicha normativa (CC y LEC) no haya sido adaptada adecuadamente por el legislador. En caso contrario, no logramos identificar la causa de pedir en una acción de reclamación de filiación como la derivada del art. 8.2º LTRHA, explícitamente declarada subsistente por aquél». Y en p. 179 recuerda que la LTRHA contempla acciones de reclamación sin base biológica alguna y erigidas sobre el elemento volitivo.
9. Para GARCÍA RUBIO, M.P., «Las repercusiones de las propuestas normativas sobre el género preferido en el ámbito de las relaciones familiares», *La Ley Derecho de familia*, núm. 30 (2021), *La Ley* 7814/2021, p. 10, los artículos 7 y 8 LTRHA «modulan las reglas generales de filiación sobre la base de la voluntad», de modo que, en materia de determinación de la paternidad y de una segunda maternidad, dicha ley admite «situaciones en las que los criterios basados en la voluntad se imponen sobre los puramente biológicos».

procreacional alguna. Y será madre sólo si quiere serlo, dado que no tiene obligación alguna de dar su conformidad a la segunda maternidad, pese a que pudiera haber consentido ante el centro médico.

Un precepto así, tan diferente a todo y tan mal integrado en cualquiera de los sistemas de filiación aplicables (puesto que ni proclama una filiación fundada en el hecho biológico de la generación, ni establece una filiación cuya fuente sea la voluntad procreacional previa a la fecundación heteróloga) sólo podía derivar en problemas, como el paso del tiempo vino a constatar.

2.2. REFORMA CIVIL Y REGISTRAL DE LA DOBLE MATERNIDAD

El art. 7.3 LTRHA fue modificado por la Disposición final quinta, apartado uno, de 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, pasando su nuevo enunciado («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») a remitirse expresamente a la normativa registral, y más en concreto a la redacción entonces vigente del art. 44.5 LRC («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»). La inevitable conexión de este apartado 5 con el apartado 4 del art. 44 LRC incidía sobre el momento en que la esposa de la usuaria debía manifestar su consentimiento a ser determinada como segunda madre, que no era otro que el de la inscripción de nacimiento del hijo¹⁰.

De este modo, y ante la inconveniencia de incluir la doble maternidad matrimonial en el art. 44.4.III LRC, por referirse éste a la determinación de la filiación paterna ex arts. 116 o 120.1º CC en el momento de la inscripción del hijo, en el año 2015 se previó en un apartado específico (el art. 44.5 LRC) el supuesto excepcional de doble maternidad contemplado en el art. 7.3 LTRHA. Por su parte, la determinación de la filiación «con posterioridad a la inscripción del hijo» quedaba regulada en los arts. 44.7 y 44.8 LRC, siendo entonces otros —y ajenos a la doble maternidad— los títulos de determinación de la filiación: el reconocimiento, el expediente aprobado por el encargado del Registro civil y

10. Vid. al respecto, ANDREU MARTÍNEZ, M.B., «La doble maternidad tras la reforma del artículo 7.3 LTRHA y la resolución de la DGRN de 8 febrero de 2017: ¿Realmente avanzamos o hemos retrocedido?», *Indret*, núm. 2 (2018), pp. 7 a 9, con exposición de las diferentes posiciones doctrinales.

la resolución judicial. En todo caso, nótese, el resto de requisitos legales de la doble maternidad permanecían invariables.

2.3. DESVINCULACIÓN REGISTRAL RESPECTO DEL EMPLEO DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

La reforma del año 2015 explicitó la conexión entre la normativa sustantiva sobre filiación y la normativa registral. El artículo 7.3 LTRHA se remitía expresamente a la Ley de Registro civil y el artículo 44.5 LRC recogía palabra por palabra lo dispuesto en aquél. Así las cosas, la doble maternidad contemplada en ambas normas procedía, sin duda, en los casos de empleo de técnicas legales de reproducción humana asistida por parte de una mujer casada con otra, no así en los casos de filiación adoptiva (a la que la Ley de Registro civil dedicaba su artículo 44.6), ni, menos aún, en los casos de filiación por naturaleza «ordinaria», fruto de la relación sexual con un varón habida por una mujer casada con otra mujer (o incluso fruto de una autoinseminación casera, mediante el empleo del espermatozoides de un varón en todo momento conocido o incluso anónimo), la cual se sometería a lo previsto en el artículo 44 apartados 4, 7 y 8 LRC, según los casos.

Esta conexión explícita, que presuponía la necesidad de acreditar de algún modo en el momento de la inscripción del nacimiento del hijo que la madre gestante se había sometido a una fecundación heteróloga, quebró a raíz de la RDGRN 8 de febrero de 2017. En ella, el Centro Directivo estimó el recurso interpuesto, revocó la resolución apelada y admitió la inscripción como hijo matrimonial de la madre no gestante que prestó su conformidad pese a no haberse acreditado ante el encargado del Registro civil el recurso a técnicas de reproducción asistida, por entender que la redacción del art. 44.5 LRC hacía innecesario justificar el empleo de estas técnicas, ya que lo que buscaba el legislador en 2015 era «facilitar la determinación de la filiación de los hijos nacidos en el marco de un matrimonio formado por dos mujeres, independientemente de que hayan recurrido o no a técnicas de reproducción asistida».

Lectura, a mi parecer, más que discutible¹¹, que omitía la conexión evidente entre los arts. 7.3 LTRHA y 44.5 LRC, y que convertía una solución

11. Critican esta resolución CASTILLO MARTÍNEZ, C.C., «La doble inscripción de la filiación matrimonial y la justificación del requisito del uso de técnicas de reproducción asistida: Comentario a la RDGRN de 8 de febrero de 2017», *Actualidad Civil*, núm. 4 (2017), pp. 21-32; ANDREU MARTÍNEZ, M.B., *op. cit.*, pp. 19 y ss., o DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., *op. cit.*, p. 9, para quien «en el caso de dos mujeres casadas, desde un punto de vista biológico, la filiación que se pretende inscribir es claramente, inverosímil, por lo que la única manera cabal de explicarla es acreditar la práctica de la

excepcional en regla preferente, alterando por tanto la manera de actuar del art. 7.3 LTRHA. La doble maternidad por naturaleza y matrimonial contenida en este precepto gozaba de respaldo legal porque partía de una ficción —en grado sumo, por ser no ya ajena a la verdad biológica, sino materialmente imposible— que no perjudicaba a nadie y que, en cambio, sería beneficiosa para el hijo. Lo primero porque, al ser anónimo el donante de espermia y al no ser reclamable su paternidad ex art. 8.3 LTRHA, no se le privaba de una filiación de la que, en realidad, estaba legalmente excluido; y lo segundo porque, no teniendo el hijo así nacido un padre que completara su filiación, la ley entendía que lo más acorde a su interés superior era que la persona casada con su madre y con la que, por tanto, el hijo iba a convivir, fuese quien completase esa filiación.

Sin embargo, la doctrina sentada en la Resolución de 8 de febrero de 2017 atiende exclusivamente al dato del matrimonio entre la usuaria y la mujer que consiente en figurar como segunda madre, sea cual sea el origen de la filiación. Será madre la esposa que consienta, y ello por el simple hecho de ser esposa. Al entender así el precepto registral, oculta el dato de la procedencia del hijo, revitalizando en cierto modo el art. 7.2 LTRHA («En ningún caso, la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación»)¹², aunque con inversión del sentido de la norma (pues no es que se evite la constancia de que el niño nació por reproducción asistida, sino que se evita conocer que nació por fecundación natural) y con sacrificio del derecho a la identidad personal del hijo y del derecho a la vida personal y familiar de padre e hijo. Consciente de ello, la propia Resolución deja expedita la vía judicial, afirmando que «Todo ello sin perjuicio de las acciones de impugnación de la filiación que pudieran tener lugar en caso de que la gestación no lo hubiera sido como consecuencia de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida contempladas en la LTRHA, pues la filiación establecida en ese caso no quedaría amparada por la condición de inimpugnable que contempla el artículo 8 de la citada ley».

Esta remisión a las acciones de filiación resulta inquietante, tanto por el argumento empleado (que presupone un cierto cierre en falso de la determinación de la filiación), como por la incertidumbre que introduce en el

reproducción asistida». A juicio del autor, la resolución, además, «fomentará, sin duda, el uso de técnicas de reproducción asistida distintas de las previstas por la Ley; y, más concretamente, las auto-inseminaciones artificiales con gametos de varones anónimos comprados a distancia a bajo precio en países extranjeros».

12. La contradicción entre los apartados 2 y 3 del art. 7 LTRHA ya había sido remarcada por BENAVENTE MOREDA, P., «La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencial actual», *Anuario de Derecho Civil*, tomo. LXIV, fasc. 1 (2011), p. 100.

estado civil del hijo¹³ (que queda al albur del devenir de la relación matrimonial, con el riesgo de acciones impugnatorias planteadas por cualquiera de ambas madres en caso de ruptura conyugal¹⁴), sin olvidarnos de las deficiencias existentes respecto de los medios legales disponibles para llevar a cabo esa impugnación, pues ¿quiénes estarían legitimados para impugnar esa segunda maternidad?, ¿en qué plazos? y ¿con base en qué preceptos de un Código civil pensado para la impugnación de la filiación matrimonial del esposo o de la maternidad por suposición de parto o por no ser cierta la identidad del hijo? Por todo ello, entiendo que la posición de la Dirección General resultaba merecedora de crítica.

3. ADMISIÓN DE UNA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA SEGUNDA MATERNIDAD

La exigencia de ciertos requisitos para la admisión de la segunda maternidad por naturaleza y su discutible aplicación exclusiva a la filiación matrimonial motivaron el intento de superar dichas limitaciones mediante el recurso a la vía judicial. Para ello se invocó el art. 131 CC¹⁵, esto es, la reclamación judicial de la filiación cuando hubiere existido posesión de estado, en un intento de que aquella mujer que, por razones diversas, no había prestado su consentimiento ex art. 7.3 LTRHA, pudiera ser declarada como segunda madre cuando hubiera tratado al hijo como tal de manera pública y constante, gozando de la consideración social de madre. Y ello, pese a que la acción se interpusiera precisamente tras la ruptura de la convivencia con la madre legal¹⁶.

Las primeras sentencias que abordaron esta cuestión y que condujeron a la determinación judicial de una segunda maternidad natural con base en el art. 131 CC fueron la STS Sala Primera, de lo Civil, 740/2013, de 5 de

13. Como afirma CADENAS OSUNA, D., *op. cit.*, p. 99, «De esta suerte, la Dirección admite la inscripción de "maternidades claudicantes"», lo que a su juicio no resulta conforme con el interés superior del menor, resultando pues una decisión de todo punto desacertada.

14. Contra ANDREU MARTÍNEZ, M.B., *op. cit.*, p. 26, para quien ambas madres carecerían de legitimación.

15. Que, según la SAP Asturias 384/2019, de 12 de noviembre de 2019 (JUR 2020, 32695), sería la vía para cubrir la laguna que dejan los arts. 7.3 y 8.2 LTRHA en los casos de parejas de mujeres no casadas.

16. Un supuesto extremo es el resuelto por la SAP Barcelona 178/2023, de 21 de marzo de 2023 (JUR 2023, 254501), en un caso de reclamación de maternidad no matrimonial por parte de la expareja del mismo sexo en relación con una niña nacida tras fecundación in vitro con esperma del hermano de la demandante, que había reconocido formalmente la paternidad con el beneplácito de la madre biológica y de la mujer que por aquel entonces era su pareja estable. La demanda fue totalmente rechazada por la Audiencia.



Papel + Digital

ESTUDIOS

Acceso online a Biblioteca Digital Legalteca:
consulte página inicial de esta obra

El Derecho civil no podría entenderse actualmente sin la aportación de los tribunales desde muchos ámbitos. Al respecto, resulta constatable el impacto de sus interpretaciones correctoras sobre normas de Derecho de familia y de las personas en tanto han coadyuvado a delimitar su contenido y alcance —aun debiendo reconocer que este fenómeno renovador del Derecho que provoca la jurisprudencia no es exclusivo de la disciplina ni de los concretos ámbitos en los que ahora se pone el foco de atención—. Por ello, esta obra tiene por objeto abordar el estudio de las más recientes tendencias sobre persona y familia en la jurisprudencia tanto española como comparada, articulándose las cuestiones de interés en torno a cuatro ejes específicos: doble maternidad y gestación subrogada, adopción, alimentos, y medidas de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica y capacidad de los menores. Con tal propósito, cuenta con las contribuciones de más de veinticinco autores, las que han sido convenientemente estructuradas en cuatro grandes bloques que coinciden con los mencionados ejes temáticos, los que a su vez se hallan precedidos por un capítulo magistral introductorio que lleva por título «Desfaziendo y (en algún caso) faziendo entuertos: sobre alguna jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo en Derecho de Familia».

ISBN: 978-84-1085-190-0



ER-0289/2005



GA-2005/0130



Cofinanciado por la Unión Europea



PID2023-153228NB-I00

