Roj: **STS 1958/2023** - **ECLI:ES:TS:2023:1958**

Id Cendoj: **28079110012023100700**
Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**
Sede: **Madrid**
Sección: **1**
Fecha: **16/05/2023**
Nº de Recurso: **6189/2022**
Nº de Resolución: **754/2023**
Procedimiento: **Recurso extraordinario infracción procesal**
Ponente: **MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

FONDO DOCUMENTAL CE

T R I B U N A L S U P R E M O

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 754/2023

Fecha de sentencia: 16/05/2023

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 6189/2022

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimando

Fecha de Votación y Fallo: 10/05/2023

Ponente: Excma. Sra. D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID. SECCIÓN 24.ª

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: LEL Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 6189/2022

Ponente: Excma. Sra. D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 754/2023

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

D. Antonio García Martínez

En Madrid, a 16 de mayo de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación e infracción procesal interpuesto por D. Gonzalo , representado por la procuradora D.ª Ana Isabel Serna Nieva y bajo la dirección letrada de D. José Gabriel Ortola Dinnibier, contra la sentencia n.º 337/2022, de 8 de abril, dictada por la Sección 24.ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación n.º 532/2021, dimanante de las actuaciones de juicio de filiación n.º 545/2018 del

Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 4 de Pozuelo de Alarcón. Ha sido parte recurrida D. Horacio y D.ª Juana , representados por la procuradora D.ª Sonia López Caballero y bajo la dirección letrada de Rosa Pérez-Villar Aparicio.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1. D. Gonzalo interpuso demanda de juicio ordinario contra D. Horacio , en la que solicitaba se dictara sentencia por la que se declare:

«1.- Que D. Horacio es el padre no matrimonial de los menores Melchor e Norberto , debiendo practicarse la correspondiente inscripción en el Registro Civil correspondiente, con todos los efectos legales inherentes, con modificación de los apellidos de ambos menores que pasarán a ser Horacio Gonzalo .

»2.- Que D. Gonzalo es el padre no matrimonial de los menores Calixto y Cayetano , debiendo practicarse la correspondiente inscripción en el Registro Civil correspondiente, con todos los efectos legales inherentes, con modificación de los apellidos de ambos menores que pasarán a ser Horacio Gonzalo .

»3.- Consecuencia de las anteriores declaraciones, se establezcan las siguientes medidas relativas a la guarda, régimen de relaciones/visitas y alimentos de los menores:

»3.1. En cuanto al modelo de guarda y custodia:

»3.1.1. El establecimiento de un régimen de convivencia individual de los cuatro menores con D. Gonzalo en la consideración de que su interés pasa por mantener una convivencia conjunta como hasta la fecha. Así, D. Gonzalo volvería a fijar su residencia en Madrid en dónde serían escolarizados los menores en el colegio DIRECCION000 u otro que pudiesen convenir oportunamente.

Dicho modelo de guarda pasaría a ser compartido o alterno en el momento en que el Sr. Horacio fijase su residencia en España, y los domicilios de los progenitores se acomodaran para la posible realización y desarrollo de dicho régimen, manteniendo estancia con los menores por iguales períodos temporales (semanales o quincenales) y con reparto de los tiempos vacacionales por mitad.

»3.1.2. Subsidiariamente a dichos modelos, y de considerarse la conveniencia de que los menores vivan en este momento separados -en propio interés suyo y la actual residencia de ellos en distintos países-, deberá conferirse la guarda de Norberto y Melchor a mi representado, en tanto que la de Cayetano y Calixto deberá ser confiada al Sr. Horacio .

»3.2. En cuanto al régimen de relación y visitas:

»3.2.1. En caso declarar una guarda individual de los cuatro menores con el Sr. Gonzalo , y en consideración a sus actividades profesionales, deberá establecerse a su favor un régimen flexible y extenso de relación y visitas con sus **hijos**, pudiendo mantener estancia con los mismos en los tiempos en que se encontrase en nuestro país preavisando en plazo de quince días y, en todo caso, en tiempo máximo de la mitad del período lectivo de los menores.

»Podrá, en todo caso, disfrutar de la estancia con sus **hijos** en la mitad del tiempo vacacional de estos.

»3.2.2. En caso de establecerse un modelo de guarda. y custodia diferenciada sobre los menores conforme a lo pretendido subsidiariamente en 3.1.2., deberá establecerse un modelo de relación y visitas entre ellos y con sus progenitores, del siguiente tenor:

»3.2.2.I Los menores mantendrán convivencia conjunta en todos sus tiempos vacacionales escolares de estos, disfrutando de la mitad con uno de sus progenitores y la otra mitad con el otro, pudiendo desarrollarse tales visitas, de entre los domicilios de los menores, en el lugar en que decida el progenitor con quien vayan a disfrutar la estancia. En la coyuntura del desacuerdo en la determinación de tales períodos, los años pares elegiría el Sr. Horacio la correspondiente mitad, y en los impares el Sr. Gonzalo .

»3.2.2.2 Los menores mantendrán estancia conjunta en todos los tiempos en que Cayetano y Calixto , fuera de los anteriores períodos vacacionales, pudiesen encontrarse en España.

»3.2.3 En todo caso, ambos progenitores podrán comunicarse telefónica y telemáticamente con los menores, y estos entre sí, en forma y tiempo que no altere su sueño, rutinas ni actividades.

»3.3. En cuanto a la contribución al sostenimiento de los **hijos** menores:

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

»3.3.1. Caso de establecerse el modelo de convivencia individual o compartido sobre los cuatro menores, deberá el Sr. Horacio contribuir al sostenimiento de los gastos alimenticios de los menores mediante su completa atención, de modo que atienda todos los gastos. que los conceptos alimenticios de los menores pudiesen suponer, debiendo proveer aquel para su atención y justificar el Sr. Gonzalo todos ellos. El Sr. Gonzalo contribuirá al sostenimiento de tales necesidades mediante su trabajo cotidiano parala atención directa a las necesidades y actividades de los menores. De igual modo, en cuanto disponga, este contribuirá económicamente en función de sus medios económicos en cada momento.

»3.3.2 Caso de establecerse un modelo de convivencia diferenciada de los menores, por las circunstancias anteriormente indicadas, deberá el Sr. Horacio contribuir al sostenimiento de las necesidades y gastos de Norberto y Melchor en la cantidad de 3.500 euros por cada uno de ellos.

»3.3.3. El Sr. Horacio , en atención a la muy diferente capacidad económica, sufragará íntegramente todos los gastos que sean necesarios para los desplazamientos y, en su caso, estancias que resulten necesarios para el desarrollo y llevanza del régimen de guarda y visitas que se determine.

»4.- Con carácter subsidiario, y para el improbable e indeseable supuesto de no atenderse las acciones principales de filiación, deberá establecerse un régimen de relación y visitas de D. Gonzalo con sus **hijos** Calixto y Cayetano , así como de estos con sus hermanos Melchor e Norberto , dada, al menos, su condición de allegados, del siguiente modo:

»4.1. En tanto Calixto y Cayetano residan fuera de nuestro país:

»4.1.1. Durante la mitad de todos los tiempos vacacionales escolares de estos, pudiendo desarrollarse tales visitas en España o en el lugar en que residan.

»4.1.2. Durante la mitad de los tiempos que fuera de los vacacionales referidos, por cualquier motivo, aquellos se encontrasen en España.

»4.I.3. A través de comunicaciones telefónicas y telemáticas que ambos progenitores deberán facilitar y, a falta de cualquier otro acuerdo, al menos durante dos horas semanales.

»4.2. En caso de que aquellos trasladasen su residencia a España:

»4.2.I. Durante un fin de semana mensual, desde los viernes al finalizar las clases escolares, hasta el domingo (máximo a las 21 horas) en que serán reintegrados en el domicilio del Sr. Horacio . En caso de que las respectivas residencias distasen más de 100 Km, podrían servirse de transporte público -avión o ferrocarril- realizándose las entregas y recogidas correspondientes en dicho transporte siempre que dispusiese de servicio de acompañamiento de menores.

»4.2.2. Durante la mitad de todos los tiempos vacacionales escolares. En la coyuntura del desacuerdo en la determinación de los períodos vacacionales los años pares elegiría el Sr.

Horacio la correspondiente mitad, y en los impares el Sr. Gonzalo .

»4.2.3. A través de comunicaciones telefónicas y telemáticas que ambos progenitores deberán facilitar y, a falta de cualquier otro acuerdo, al menor durante dos horas semanales.

»4.3. El Sr. Horacio , en atención a la muy diferente capacidad económica, sufragará íntegramente todos los gastos de los desplazamientos y, en su caso, estancias necesarias para el desarrollo y llevanza del régimen de relación y visitas».

En el "OTROSÍ DIGO" se solicitó la adopción de medidas cautelares.

2. La demanda fue presentada el 18 de octubre de 2018 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 4 de Pozuelo de Alarcón, fue registrada con el n.º 545/2018. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3. D. Horacio contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación íntegra de la misma con expresa condena en costas. Respecto de la acción subsidiaria referida al establecimiento de un régimen de visitas y comunicaciones de los menores, tal y como se reclama por el Sr. Gonzalo , se solicita se establezca el siguiente:

«I.- En tanto los **hijos** del Sr. Horacio residan en Méjico:

»Dos comunicaciones semanales de una hora de duración entre los menores a través de " DIRECCION001 " o cualquier medio equivalente, que tendrían lugar los sábados y los domingos en una franja horaria compatible con las diferencias horarias existentes entre los diferentes lugares de residencia de los menores.

»La mitad de los periodos vacacionales escolares de Navidad y Verano de Melchor e Norberto , haciendo coincidir dichas estancias con los periodos vacacionales escolares de Calixto y Cayetano , llevándose a cabo dichas visitas en el país de residencia del demandado, Sr. Horacio y ello con la finalidad de evitar a los menores a la exposición pública a la que ha sido sometida la intimidad familiar de mi representado, a raíz del comunicado emitido anunciando la interposición del presente procedimiento, lo que ha tenido como consecuencia la necesidad reforzar las medidas de seguridad de los menores y esta protección que necesitan claramente no quedaría garantizada por el Sr. Gonzalo , quien ha ventilado públicamente su vida familiar. Dichos periodos escolares vacacionales quedarían concretados en la siguiente forma:

»Vacaciones escolares de verano: Desde el día 1 al 31 de julio.

»Vacaciones escolares de Navidad: Desde el día 23 al 30 de diciembre.

»Para el supuesto de que los **hijos** del Sr. Horacio , Calixto y Cayetano , viajaran a España en fechas diferentes de los periodos vacacionales antes indicados, Se establecería un régimen de visitas entre los menores de una tarde semanal, si residen en la misma ciudad, los sábados o domingos desde las 16,00 hasta las 20,00 horas, debiendo preavisar el Sr. Horacio al Sr. Gonzalo del viaje con la antelación debida para que pueda llevarse a cabo dicho régimen de comunicaciones entre los menores.

»II.- Para el supuesto de que los **hijos** del Sr. Horacio trasladaren su residencia a España, se solicita un régimen de visitas consistente en:

»Un fin de semana al mes que se concretará en el segundo de cada mes, desde el viernes a las 19,00 horas hasta el domingo a la misma hora, llevándose a cabo dichas visitas en el domicilio del Sr. Horacio . En el caso de que los domicilios de los menores se encontraran en diferentes ciudades los menores se trasladarían -si fuera necesario- en un medio de transporte que dispusiese de acompañamiento de menores.

»Las comunicaciones semanales de dos horas se mantendrían en la misma forma.

»En todos los supuestos el Sr. Horacio asumiría el pago de los gastos de desplazamiento de los **hijos** del Sr. Gonzalo para hacer efectivas las comunicaciones».

4. D. Gonzalo presentó escrito solicitando al juzgado el nombramiento de Defensor Judicial para los menores Calixto y Cayetano por concurrir al mismo con su progenitor D. Horacio y mantener conflicto de intereses conforme al art. 162.2.º y 163 CC.

Mediante Decreto de 24 de abril de 2019, se acuerda nombrar defensora judicial de Calixto y Cayetano a D.ª Juana a fin de que les represente y en su nombre intervenga en el presente procedimiento judicial de filiación.

5. El Ministerio Fiscal se personó en el procedimiento y contestó a la demanda.

6. D.ª Juana , defensora judicial de los menores antes expuestos, contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba se dictara sentencia que desestimara íntegramente la misma, con expresa condena en costas a la actora por su evidente temeridad.

Respecto de la acción subsidiaria referida al establecimiento de un régimen de visitas y comunicaciones de los menores, solicita se establezca el siguiente:

«I.- Comunicación por medios telemáticos:

»Dos comunicaciones semanales de una hora de duración entre los menores a través de " DIRECCION001 " o cualquier medio equivalente, que tendrían lugar, a falta de acuerdo, los sábados y los domingos en una franja horaria compatible con los horarios de los cuatro menores teniendo en cuenta las diferencias horarios entre los dos países.

»II.- Régimen de relación y visitas presencial:

»Los periodos vacacionales escolares de verano que compartan los cuatro menores, haciendo coincidir dichas estancias con los periodos vacacionales en que Cayetano y Calixto se encuentren en España; durante estas estancias los menores permanecerán la mitad del tiempo con el Sr. Gonzalo y la otra mitad con el Sr. Horacio , en sus respectivos domicilios.

»A falta de acuerdo, el Sr. Horacio elegirá su periodo en los años pares el Sr. Gonzalo en los años impares.

»El resto de tiempos vacacionales que fuera posible por ser comunes a los menores, en Navidad y Semana Santa, serán igualmente disfrutados conjuntamente por los cuatro en común convivencia que determinarán sus progenitores oportunamente en cuanto a su desarrollo y distribución».

7. Tras seguirse los trámites correspondientes, el Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 4 de Pozuelo de Alarcón dictó sentencia de fecha 26 de octubre de 2020, con el siguiente fallo:

«Que desestimó las pretensiones principales de filiación formuladas por la representación procesal de Don Gonzalo , y estimo la subsidiaria de establecimiento de un régimen de relaciones de los **hijos** Don Gonzalo y Don Horacio entre sí y para con sus padres respectivos, en los términos establecidos en el último fundamento de derecho y sin imposición de las costas».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Gonzalo .

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 24.ª bis de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 532/2021 y, tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 8 de abril de 2022, con el siguiente fallo:

«Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por Don Gonzalo representado por la Procuradora Dª Ana Isabel Serna Nieva, contra la sentencia de fecha 26 de octubre de 2020, por el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción n.º 04 de Pozuelo de Alarcón en el proceso de Filiación 545/2018 seguido por Don Gonzalo contra Don Horacio , debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la expresada resolución íntegramente; todo ello con expresa condena en costas en esta alzada a la parte apelante».

3. Por la representación procesal de D. Horacio y D.ª Juana se presentó escrito solicitando aclaración y corrección de la anterior resolución, dictándose auto de fecha 3 de mayo de 2022, con la siguiente parte dispositiva:

«Se aclara la sentencia de 8 de abril de 2022 dictada en el presente rollo de apelación 532/2021, rectificando el fallo, del que debe suprimirse la frase "todo ello con expresa condena en costas en esta alzada a la parte apelante", que debe ser sustituida por la de "no se hace expresa condena en costas de conformidad con el fundamento jurídico quinto».

4. Respecto de la misma sentencia, la representación procesal de D. Gonzalo presentó escrito solicitando rectificación y/o aclaración, que fue denegada mediante auto de 19 de mayo de 2022.

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

1. D. Gonzalo interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«Primero.- Al amparo del art. 469.1.4. por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, al incurrir en errores patentes, y con ello incurrido igualmente en arbitrariedad, siendo ilógica y contraria al canon de racionalidad que ha de presidir resolución judicial con lesión del art. 24 CE.

»Segundo.- Al amparo del art. 469.1.2. LEC. Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, por defectuosa motivación, con vulneración del art. 218.2 LEC, en tanto que la sentencia recurrida realiza una motivación arbitraria, llegando a resultar incoherente, haciendo supuesto de la cuestión en relación a los propios hechos declarados probados y firmes en la misma resolución».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Al amparo del art. 477.2.3º de la LEC, por vulneración del artículo 131 del CC, al considerar la sentencia que la posesión de estado no constituye cauce legal para declarar la filiación pretendida, contraviniendo con ello la jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, sentencias 740/2013, de 5 de diciembre, y 836/2013, de 15 de enero de 2014.

»Segundo.- Al amparo del art. 477.2.3º de la LEC, por vulneración del principio del Interés del menor, con infracción del art. 3.1. de la Convención de la Naciones Unidas, artículo 2.3 de la LO 1/1996 de Protección del Menor, art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades y los artículos 7 y 24 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, al haberse desestimado la demanda de filiación y, por tanto, sin aplicar correctamente tal principio, que pasaría por considerar el mantenimiento de los menores en el sistema y ámbito familiar, a la vista de los hechos probados y la jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, con infracción de la doctrina de la Sala contenida en las STS 835/2013 y reproducida en la 277/2022, así como en las resoluciones del TEDH de 26 de junio de 2014 (Menesson c/ Francia), de 28 de junio de 2007, (Wagner y J. M. W. L. c/ Luxemburgo), y de 4 de octubre de 2012, (Harroudj c/ Francia)».

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 2 de noviembre de 2022, cuya parte dispositiva es como sigue:

«LA SALA ACUERDA:

»Admitir el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por D. Gonzalo interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada con fecha de 8 de abril de 2022 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24.ª), en el rollo de apelación n.º 532/2021, dimanante del juicio de filiación n.º 545/2018 del Juzgado de Primera instancia n.º 4 de Pozuelo de Alarcón».

3. Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizaran su oposición al recurso de casación e infracción procesal, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4. La representación procesal de D. Gonzalo presentó escrito y documento poniendo en conocimiento de esta sala un hecho nuevo acaecido a tener en cuenta a los efectos de la resolución, del que se dio traslado a las partes y al Ministerio Fiscal para alegaciones.

5. Por providencia de 31 de marzo de 2023 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 mayo de 2023, fecha en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes relevantes y objeto del recurso*

El demandante ejercita una doble acción de paternidad para que se determine, de una parte, que él es el padre no matrimonial de los dos **hijos** biológicos de quien fue su pareja masculina, y cuya paternidad está inscrita en el Registro Civil. El demandante también solicita que se determine que su expareja es el padre no matrimonial de los dos **hijos** biológicos del propio demandante, cuya paternidad está inscrita en el Registro Civil. En las dos instancias se ha desestimado su demanda y sus recursos por infracción procesal y casación van a ser desestimados.

1. La sentencia de la Audiencia Provincial parte de los siguientes antecedentes:

«Con fecha 17 de octubre de 2018 se presentó demanda por D. Gonzalo contra D. Horacio en la que se ejercían las siguientes acciones:

»1.- Acción de reclamación de filiación paterna no matrimonial de los menores Calixto y Cayetano por D. Gonzalo , debiendo los menores, y en cuanto a esta concreta acción, constituirse en codemandados por prescripción legal (art. 766 LEC).

»2.- Acción de reclamación de filiación paterna no matrimonial de los menores Melchor e Norberto frente a D. Horacio .

»3.- Acción para el establecimiento de medidas de guarda y alimentos de **hijos** no matrimoniales inherentes a los anteriores pronunciamientos.

»4.- Acción acumulada y subsidiaria de fijación de un régimen de relaciones personales de allegados.

»Tramitado el procedimiento ante el Juzgado de instancia, se dicta sentencia de fecha 26 de octubre de 2020 desestimatoria de las pretensiones deducidas en la demanda.

»La sentencia del juzgado considera indiscutido que los litigantes iniciaron una relación de pareja en el año 1991 y que el actor siguió al demandado hasta mediados del año 2016, cuando ambos vivían en Panamá, y que, entre tanto, cada uno de ellos tuvo dos **hijos** mediante maternidad subrogada. En concreto, el demandado tuvo a Calixto y Cayetano , nacidos en

DIRECCION002 el día NUM000 de 2011 y el actor tuvo a Melchor e Norberto nacidos en DIRECCION003 el día NUM001 de 2011, cada uno de los cuales se inscribió con los apellidos del que aportó el material genético, haciendo constar como estado civil del progenitor el de soltero.

»Tras el análisis de las pruebas practicadas concluye la sentencia del juzgado que no cabe dudar del propósito inicial compartido de los dos litigantes de fundar una única familia en la que los **hijos** serían tratados como hermanos y no puede hablarse de proyectos paralelos e independientes como da a entender en su interrogatorio el demandado como tampoco, firmado el acuerdo cuando los niños tenían ya unos cinco años, cabe dudar de que era esa la situación a la ruptura.

»Tampoco se discute que firmaron un convenio el 27 de julio de 2016 con el siguiente contenido:

»Amba(s) partes reunidas, teniendo la capacidad legal necesaria y suficiente,

»EXPONEN

»1. Que, por decisión mutua, ambos decidieron establecer un vínculo común mediante la gestación de cuatro **hijos** varones, mediante subrogación, con la intención absoluta de que crecieran juntos como hermanos.

»2. Como resultado de dicho proyecto nacieron cuatro niños, de los cuales es cada uno padre biológico de dos de ellos.

»- Norberto nacido el NUM001 de 2011

»- Melchor nacido el NUM001 de 2011

»- Calixto nacido el NUM000 de 2011

»- Cayetano nacido el NUM000 de 2011

»3. Es deseo de ambos firmantes establecer un régimen privado de atención a los menores y mantenimiento de la unidad entre los niños que directamente se vincula a una compensación a favor de D. Gonzalo , por cuanto su situación económica se ve descompensada respecto del otro progenitor en tanto que la unidad de los menores supone para él acomodarse a una serie de circunstancias que son por las cuales se establecen beneficios que redundan en el bienestar de los menores y su unidad como hermanos.

»En virtud de cuanto antecede, las partes:

»ACUERDAN

»PRIMERO.- Situación económica a favor de D. Gonzalo :

»Como quiera que como empleado de la mercantil FINCA DE MONSALUD. S. L. tiene una nómina y dicha remuneración no es suficiente, en tanto que los niños que forman parte del proyecto en común y unidad de hermanos residan en la ciudad de Panamá, lo cual implica una serie de gastos, es intención y se compromete, D. Horacio en cuanto que su realidad económica lo permita, a mejorar dicha situación mediante las siguientes aportaciones complementarias a favor de D. Gonzalo :

»- Tres mil dólares mensuales como asignación.

»- Alquiler de una vivienda en Panamá (presupuestada entre 1.500 y 2.000 dólares mensuales).

»- Se pone a disposición de D. Gonzalo un coche de Panamá de la marca Chevrolet Avalanche matrícula NUM002 y otro en Madrid marca Audi Q7, matrícula .... KFW ambos con sus correspondientes seguros.

»- Se paga un seguro sanitario en Panamá.

»- Se hace frente al monto mensual hipotecario de una vivienda en DIRECCION004 (Valencia) donde reside la madre del señor Gonzalo , y al seguro anual.

»- Se pagarán, de ser requeridos, 4 pasajes de avión al año para ir y volver de España.

»SEGUNDO.- Régimen relativo a los cuatro niños fruto del proyecto ideado en común en tanto los mismos convivan juntos.

» Se mantiene la unidad de los cuatro niños en igualdad de oportunidades. Los cuales convivirán bajo el mismo techo en la casa NUM003 , de la calle NUM004 , de la URBANIZACION000 de Panamá city (Panamá).

» Se mantiene a los cuatro niños como benefactores de la fundación patrimonial que Horacio constituya en Panamá.

» Se mantienen las aportaciones económicas mensuales igualitarias a favor de los cuatro niños como ahorro a futuro de los mismos.

» Las partes se comprometen a estudiar y llevar a cabo el mejor modo para garantizar la igualdad patrimonial y de derechos entre los cuatro niños en el presente, y en el futuro a efectos hereditarios.

» Se establece en Panamá, en el domicilio indicado, la residencia de los niños y su escolarización en un centro educativo de Panamá.

» Se otorgan poderes notariales en España y en Panamá para que pueda viajar con los cuatro niños uno solo de los firmantes y pueda igualmente tomar decisiones sanitarias y educativas.

» Se hará de ser necesario autorizaciones policiales para viajar con los niños uno sólo de los firmantes.

»TERCERA.- Régimen de convivencia

»· Cada firmante tendrá un domicilio en Panamá y quedará en común, para los niños, la casa NUM003 , de la calle NUM004 , de la URBANIZACION000 de Panamá.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

»· Cuando D. Horacio se encuentre en Panamá vivirá en dicha casa y D. Gonzalo en la que elija de acuerdo al punto primero.

»· Cuando D. Horacio no se encuentre en Panamá, D. Gonzalo vivirá en la casa y atenderá a los niños.

»· Ambos firmantes se comprometen a dar la mejor educación, ejemplo y valores a los menores y asumir todas las responsabilidades propias de un progenitor.

»· Los gastos derivados de los puntos antecedentes correrán a cargo del señor Horacio "».

La Audiencia declara que los hechos anteriormente descritos deben considerarse firmes, por cuanto D. Horacio no interpuso recurso contra la sentencia del juzgado y D. Gonzalo los acepta en su recurso de apelación.

2. La sentencia del juzgado desestima las pretensiones principales de filiación.

El juzgado considera que en el caso concurre la posesión de estado que legitima para el ejercicio de las acciones de filiación al amparo del art. 131 CC, pero a continuación razona que no es tan claro que en la STS de 15 de enero de 2014 (y la cita que en ella se hace de la STS de 5 de diciembre de 2013), en la que se basa la demanda, la posesión de estado sea, más allá de la eficacia legitimadora que le atribuye el art. 131 CC, título de determinación de la filiación.

Razona que en estas sentencias, y en otras que han dictado las

Audiencias Provinciales, el título de atribución de la filiación no matrimonial es un combinado de diversos elementos -consentimiento en el empleo de las técnicas de reproducción asistida y posesión de estado- o sólo uno de ellos -posesión de estado o consentimiento--, en supuestos en los que ni al tiempo del nacimiento ni de la ruptura existía la posibilidad de establecer legalmente la filiación respecto de la madre no biológica, o cuando no se cumplió un requisito formal en el consentimiento previo, y siempre en interés del menor. Se plantea si la doctrina de esas sentencias es aplicable a los hombres que fueron pareja de hecho y recurrieron a la técnica de reproducción asistida para ser padres durante la vigencia de su relación.

El juzgado, con cita de la STS de 6 de febrero de 2014 (de la que dice que no trataba del ejercicio de una acción de filiación con arreglo al derecho español, sino de dar acceso al Registro Civil de una certificación registral californiana en la que constaba la filiación de dos menores nacidos en California a través de procedimientos de filiación por sustitución y se proclamaba en la misma padres a dos varones casados), valora que, en el caso que juzga:

«[N]o existe certificación registral, ni extranjera ni nacional, que proclame a los dos litigantes como padres de los cuatro niños y el actor parte en su demanda de las normas españolas y no entra en juego tal concepto de orden público internacional, siendo directamente aplicable el art. 10 de la LTRHA, que determina que la filiación, además de corresponder a cada uno de los litigantes sobre dos de los niños, corresponde a la madre que dio a luz, por lo que las acciones de filiación ejercitadas no cabrían por todo lo ya expuesto y porque se contravendría el art. 131 del Código Civil en su segundo párrafo ("Se exceptúa el supuesto en que la filiación que se reclame contradiga otra legalmente determinada")».

Por lo que se refiere al interés de los menores, señala el juzgado que no se trata de valorar un interés abstracto, sino en relación con una concreta situación y, en el caso, hace años que los niños no viven juntos diariamente, y residen en lugares muy alejados -unos en Méjico y otros en localidad de Valencia-.

Rechazada la petición principal de filiación, el juzgado se ocupa de la pretensión subsidiaria referida al establecimiento de un régimen de relación. Cita la doctrina de la sala que se infiere de las sentencias de 12 de mayo de 2011 y 1 de marzo de 2019, que en función de las circunstancias del caso admite el establecimiento de un régimen de relaciones de un menor con un pariente o allegado, aunque no existan lazos biológicos. Concluye que en el caso debe acogerse para mantener la relación fraterna entre los cuatro **hijos**, y sobre la base del acuerdo firmado por los litigantes el 27 de julio de 2016 y que tomaron en consideración para las vacaciones de verano en el curso de este proceso, acuerda un régimen de comunicaciones y visitas de los niños entre sí y con los dos padres.

3. El Sr. Gonzalo interpone recurso de apelación por lo que se refiere a la desestimación de la acción de filiación. Denuncia la infracción del art. 131 CC por entender que la posesión de estado no sólo es un título de legitimación sino que también constituye un título suficiente para la determinación de la filiación desvinculada de la filiación biológica en los supuestos de utilización de técnicas de reproducción asistida. Denuncia también vulneración del interés superior del menor.

4. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación y confirma íntegramente la sentencia del juzgado.

Su decisión se basa, resumidamente, en las siguientes consideraciones.

En primer lugar, la Audiencia razona que no comparte la interpretación que hace el recurrente de la STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014, que se refería al reconocimiento de una decisión extranjera, a diferencia del presente caso en el que se ejercita una acción de filiación conforme a la legislación interna y que lo que pretende el demandante es que quede determinada la filiación por la posesión de estado, que no se niega, unida a la voluntad del apelante. Recuerda que la reciente STS de Pleno 277/2022 concluye que la posesión de estado no es suficiente para afirmar la filiación de la madre comitente, remitiendo a la solicitante a la adopción. Señala que en el caso que da lugar al presente recurso cada uno de los litigantes está reconocido como padre biológico de sus dos **hijos**, por lo que se ha reconocido al «padre intencional» o comitente como padre biológico de los niños nacidos, y que en ninguno de los casos el otro litigante era «padre intencional» de los **hijos** del otro, que en ningún momento se intentó regular la situación reclamando la filiación constante la relación de pareja, ni que en California se reconociese la paternidad del otro, ni se ha impulsado en ningún momento la adopción de los **hijos** del otro, a pesar del asesoramiento legal que tuvieron en el momento de gestionar el contrato de gestación subrogada, por lo que eran consciente de la situación fáctica y legal que creaban. Precisa que no se deniega la filiación por la nulidad del contrato de gestación subrogada conforme al art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (LTRHA), sino porque ninguno de ellos fue parte en el contrato firmado por el otro. Añade que, incluso aunque no se hubiera acudido a las técnicas de subrogación, al ser cada uno padre biológico solo de dos **hijos**, la convivencia desde pequeños en ningún caso hubiera hecho posible reclamar la filiación de los **hijos** del otro, salvo acudiendo a la adopción, siempre que mediara el asentimiento de ambos, que en este caso no existe. La Audiencia advierte que lo que pretende el demandante apelante es reconocer una situación fáctica que no tiene encaje legal ni jurisprudencial y sin que en ningún momento durante la relación de pareja hayan pretendido regularlo legalmente.

Por lo que se refiere al prevalente y fundamental interés de los menores, la Audiencia, con cita de doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, descarta que su invocación pueda amparar decisiones contrarias a la legalidad vigente o fomentar el fraude de ley. La sentencia termina realizando, respecto del caso, las siguientes consideraciones:

«Aun siendo incuestionable que el interés de estos cuatro niños hubiera sido mantenerse juntos, ese interés no es causa única para fijar una filiación que no tiene refrendo legal ni jurisprudencial. Abstrayéndonos de que los niños han nacido a través de técnicas de subrogación, de no ser así, y teniendo simplemente en cuenta que Calixto y Cayetano son **hijos** biológicos de D. Horacio , y que Norberto y Melchor son **hijos** biológicos de D. Gonzalo y aunque hubiesen iniciado la convivencia siendo los niños pequeños, no podrían en ningún caso, reclamar la filiación de los **hijos** del otro, salvo en su caso, por adopción, y en este último caso, siempre que mediara el asentimiento del padre biológico, que en este caso, no existe en el caso de D. Horacio respecto de los **hijos** de D. Gonzalo y faltaría la solicitud del adoptante, en este caso, D. Horacio respecto de los **hijos** del Sr. Gonzalo .

»(...)

»Atendiendo a la jurisprudencia del TEDH, muchas veces es necesario conceder ciertos efectos para proteger así el "derecho a la vida familiar" y evitar, ante todo, la desprotección de los menores. En el presente caso, no concurre en los menores ninguna situación de incertidumbre ni de inseguridad jurídica, por indeterminación de su filiación o nacionalidad, ya que las mismas están definitivamente determinadas. Por otro lado, las alegaciones del Sr. Gonzalo se contradicen con sus propios actos, pues después de firmar un acuerdo de convivencia de los cuatro niños como hermanos, fue él quien decidió romper dicho acuerdo, reteniendo a los cuatro niños en Valencia, si bien dejando que posteriormente que el Sr. Horacio se llevase a Calixto y Cayetano , estando desde entonces separados. Así lo reconoce el Sr. Gonzalo en el interrogatorio al manifestar que después de estar los niños de vacaciones en DIRECCION005 , se va a DIRECCION004 con ellos y no dejó que se comunicasen con D. Horacio hasta diciembre, admitiendo que fue él quien publicó la noticia en prensa. No da una respuesta o explicación razonable a la razón por la que lo hizo, pero del tenor de sus respuestas se deduce que lo hizo para presionar.

»En consecuencia, como antes se ha señalado, el interés del menor según la jurisprudencia del TEDH, se relaciona con la necesidad de una identidad única que los menores requieren, y en este caso, los cuatro niños tienen una clara identidad y son conscientes de ella, porque tienen los apellidos de sus respectivos padres biológicos, y ellos son conscientes de esa situación. Por lo tanto, no estamos ante un supuesto de denegación de la inscripción del nacimiento ocurrido fuera de España. No es ésa la cuestión que se debate.

»También conforme el artículo 2.3, de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor establece como criterio delimitador del interés del menor "atender a la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro". Pero, como hemos dicho antes, en este caso, no se pretende reconocer la filiación derivada de la

gestación por sustitución, sino reconocer una situación fáctica que no tiene encaje legal ni jurisprudencial. Solo el interés del menor no es suficiente para llegar a ese resultado, pues en los criterios de valorar, no se pretende una estabilidad de la solución; estabilidad que los propios interesados no han valorado en ese sentido, por cuanto han asumido de facto la atención y cuidado de sus propios **hijos** biológicos y no han permitido que esa estabilidad de convivencia juntos, bajo el paraguas del proyecto inicial (al que llamaban proyecto 4) siga adelante.

»Como establece la Exposición de motivos de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, "a la luz de estas consideraciones, es claro que la determinación del interés superior del menor en cada caso debe basarse en una serie de criterios aceptados y valores universalmente reconocidos por el legislador". En este caso, la determinación de la filiación no tiene encaje legal ni jurisprudencial, y no responde a lo que legalmente las partes han querido, puesto que desde un inicio había un proyecto de convivencia como hermanos, pero sin que en ningún momento hayan pretendido que se regulara legalmente».

5. El Sr. Gonzalo ha interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El Sr. Horacio se ha opuesto al recurso.

La defensora judicial de los **hijos** del Sr. Horacio (nombrada a instancias del Sr. Gonzalo), que contestó a la demanda adhiriéndose a la contestación del Sr. Horacio , se opuso al recurso de apelación del Sr. Gonzalo , ahora se opone a los recursos por infracción procesal y casación mediante los mismos escritos que el Sr. Horacio .

El Ministerio Fiscal interesa la desestimación íntegra de los recursos.

6. El Sr. Gonzalo ha presentado ante la sala un escrito en el que alega como hecho nuevo su estado de salud, ya que se encuentra aquejado de una enfermedad grave, lo que acredita mediante la aportación de documentación médica sobre el diagnóstico y tratamiento. Argumenta que, puesto que uno de los motivos del recurso de casación se basa en el interés de los menores, su enfermedad es relevante a la hora de tal valoración.

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO.- *Primer motivo del recurso por infracción procesal*

1. El primer motivo, al amparo del art. 469.1.4 LEC, denuncia la infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, por incurrir en errores patentes, y con ello en arbitrariedad, siendo ilógica y contraria al canon de racionalidad que ha de presidir la resolución judicial con lesión del art. 24 CE.

En su desarrollo alega que la sentencia de la Audiencia Provincial realiza afirmaciones sobre hechos que resultan absolutamente errados, en modo alguno acreditados, y dentro de lo que puede apreciarse como una fundamentación absolutamente arbitraria. El recurrente señala que intentó la rectificación de los errores patentes a través del oportuno recurso tras el dictado de la sentencia, pero que el auto de 19 de mayo 2022 resolvió no haber lugar a dicha rectificación y subsanación.

El motivo debe ser desestimado por lo que decimos a continuación.

2. Sobre el error en la valoración de la prueba es doctrina de la sala, sintetizada por la sentencia 615/2016, de 10 de octubre:

«La valoración probatoria solo puede excepcionalmente tener acceso al recurso extraordinario por infracción procesal al amparo del art. 469.1.4.° LEC por la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración de la prueba o por la infracción de una norma tasada de valoración de prueba que haya sido vulnerada, en cuanto, al ser manifiestamente arbitraria o ilógica la valoración de la prueba, no supere, conforme a la doctrina constitucional, el test de la racionabilidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en art. 24 CE (sentencias 1069/2008, de 28 de noviembre, 458/2009, de 30 de junio, 736/2009, 6 de noviembre, todas ellas citadas por la sentencia 333/2013, de 23 de mayo)».

Además, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 151/2022, de 30 de noviembre):

«Para apreciar la existencia de un error de significación constitucional, la resolución judicial ha de incurrir en un error propiamente fáctico, concretado en la determinación del material de hecho o del presupuesto sobre el que se asienta la decisión judicial. Por su parte el calificativo de arbitraria lo hemos reservado para las resoluciones judiciales carentes de razón o dictadas por puro capricho, esto es, huérfanas de razones formales y materiales, y que resultan, por tanto, una simple expresión de la voluntad". Finalmente, en relación con el vicio de irrazonabilidad susceptible de tutela a través del recurso de amparo, hemos afirmado que

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

"no pueden considerarse razonadas ni motivadas aquellas resoluciones judiciales que a primera vista, y sin necesidad de un mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas" (STC 215/2006, de 3 de julio, FJ 3)».

3. La aplicación al caso de la anterior doctrina determina la desestimación del motivo primero del recurso por infracción procesal.

En primer lugar, sí se advierte una imprecisión en la referencia a una fecha, pero es intrascendente porque carece de repercusión alguna en el razonamiento y en el fallo de la sentencia. El recurrente señala que la ruptura de la convivencia estable de los menores ocurrió en 2018, por lo que la referencia al verano de 2017 que se contiene en el fundamento jurídico tercero de la sentencia no sería correcta. El recurrente no dice sin embargo cómo habría influido ese error en la decisión tomada por el tribunal de apelación, y no se aprecia ninguna trascendencia de ese dato en la motivación y fundamentación de la sentencia, que se basa en que no existe ni legal ni jurisprudencialmente fundamento para la determinación de las paternidades reclamadas.

En segundo lugar, el recurrente enfatiza exageradamente sobre la redacción de dos pasajes de la sentencia de los que afirma que supondrían la imputación de la comisión de graves delitos de retención de los **hijos** del demandado así como de impedirles la comunicación con su padre cuando, como dice, lo que no permitió es que sus propios **hijos** se fueran a Méjico con el demandado cuando este decidió mudarse a ese país desde Panamá.

La lectura de la sentencia no permite deducir tales imputaciones. Más allá de lo que pueda resultar de una redacción sintética y no suficientemente precisa o pulida de esos pasajes, la sentencia lo que está expresando es que la falta de consentimiento del actor para el traslado y las comunicaciones se vinculó a determinadas prestaciones económicas y, en este contexto, en la valoración conjunta que hace la Audiencia de la prueba que consta en las actuaciones, no resulta arbitraria la apreciación que resulta de la lectura completa de la sentencia acerca de que el consentimiento del demandante para que sus **hijos** pasaran a vivir con el demandado y los **hijos** este último de Panamá a Méjico, a donde el demandado se trasladaba, estaba en función del contenido, básicamente económico, del acuerdo que negociaban. El propio demandante en su demanda refiere que:

«En las últimas vacaciones escolares de los menores, encontrándose estos en España y disfrutando del tiempo vacacional con el Sr. Gonzalo , a este le fue comunicada la intención del Sr. Horacio de fijar su residencia en Méjico y la consecuente de que los cuatro menores lo hiciesen con él. Comoquiera que el Sr. Gonzalo se negó a dar su autorización sin tener ultimado y convenido definitivamente las medidas paternofiliales sobre los cuatro menores, es por lo que el Sr. Horacio se presentó en el domicilio de aquel y procedió a llevarse a Cayetano y Calixto , rompiendo así la convivencia que los menores habían mantenido desde su mismo nacimiento, y fijando con aquellos su residencia en aquel país».

Por lo demás, el recurrente no explica la trascendencia que las imprecisiones que atribuye a la sentencia han tenido en el resultado del procedimiento. Lo relevante en el fundamento en el que se contienen los errores denunciados es que se afirma que los litigantes actuaron en la contratación de sus respectivos contratos de gestación subrogada asesorados por la empresa DIRECCION006 , no intentaron que se reconociera la filiación durante la convivencia como pareja ni que se reconociera su filiación en California, ni instaron después la adopción de los **hijos** del otro, y que el acuerdo de 2016 no tiene la virtualidad de determinar la paternidad. En atención a ello, la Audiencia termina concluyendo que la sala:

«C]omparte íntegramente los argumentos del juez *a quo*, que dada su minuciosidad, esta sala hace suyos, no apreciando error o infracción alguna en la conclusión alcanzada por el juez a quo en el sentido de que la posesión de estado no es título suficiente para la determinación de la filiación, salvo que así se prevea expresamente en las leyes».

El motivo, en definitiva, se desestima porque no se aprecia que los errores materiales que se denuncian hayan generado indefensión ni tenido trascendencia en la decisión de la sentencia recurrida.

TERCERO.- *Segundo motivo del recurso por infracción procesal*

1. El segundo motivo del recurso por infracción procesal, al amparo del art. 469.1.2. LEC, denuncia la infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, por defectuosa motivación, con vulneración del art. 218.2 LEC, en tanto que la sentencia recurrida realiza una motivación arbitraria, llegando a resultar incoherente, haciendo supuesto de la cuestión en relación con los propios hechos declarados probados y firmes en la misma resolución.

Alega el recurrente que, después de asumir los hechos acreditados en la sentencia del juzgado, de los que resulta que la voluntad e intención de los litigantes fue fundar una familia en la que los cuatro **hijos** serían hermanos y ellos padres de los cuatro, y que se comportaron conforme a ese propósito, la sentencia realiza de modo incoherente y arbitrario apreciaciones que cuestionan esos hechos.

Se refiere el recurrente, en particular, a la afirmación de la sentencia recurrida acerca de que:

«[E]n ningún momento, se intentó reclamar la filiación constante la convivencia como pareja, no se intentó en California que se reconociese la paternidad de ambos y tampoco se instaló en ningún momento la adopción de los otros dos niños por cada uno de ellos. Ambos litigantes eran conscientes de la situación fáctica y de la situación legal (...)».

O que:

«En el interrogatorio practicado ante el juzgado de instancia, el demandante admitió que no se plantearon constante la convivencia regularizar ese tema, aunque ambos se sentían como padres de los cuatro niños».

También se refiere al párrafo de la sentencia recurrida en el que se dice:

«Tampoco puede darse la virtualidad pretendida al acuerdo firmado entre ambos de fecha 26 de julio del 2016, antes transcrito. Dicho acuerdo, admite la existencia de ese proyecto común y sin que dicho acuerdo pueda ser título suficiente para el reconocimiento de la filiación. Nótese que el propio acuerdo establece su deseo (de) establecer un régimen privado de atención a los menores y mantenimiento de la unidad entre los niños (...) por supuesto, no va a entrar ese tribunal en la valoración de si el Sr. Gonzalo tiene o no derecho a tales compensaciones, pero es significativo que el acuerdo sobre los niños se vincule a tales prestaciones económicas. Por otro lado, el acuerdo fija la residencia de los niños en Panamá y fue precisamente, el hoy apelante quien rompió esa unidad, no permitiendo que los niños habían de DIRECCION004 en el verano de 2017, no permitiendo la comunicación de los mismos con el Sr. Horacio y sólo después de negociaciones, consiente que los dos **hijos** de Horacio se vuelvan con él».

El motivo debe ser desestimado por lo que decimos a continuación.

2. El deber de motivación al que se refiere el art. 218.2 LEC requiere, en primer lugar, que la resolución contenga los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión; y en segundo lugar, que la motivación esté fundada en derecho (SSTC 147/1999, de 4 de agosto; y 118/2006, de 24 de abril); carga que no queda cumplida con la mera emisión de una declaración de voluntad en un sentido u otro, sino que debe ser consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento jurídico y no fruto de la arbitrariedad (por todas, STC 146/2005, de 6 de junio). Es decir, debe garantizarse que el fundamento de la decisión sea la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente, como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse fundada en derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (SSTC 25/2000, de 31 de enero; 221/2001, de 31 de octubre; y 8/2005, de 17 de enero).

Según la doctrina del Tribunal Constitucional, una resolución judicial puede tacharse de arbitraria cuando, aun constatada la existencia formal de una argumentación, la misma expresa un proceso deductivo irracional o absurdo (SSTC 148/1994, de 12 de mayo; y 160/1997, de 2 de octubre, entre otras muchas). En palabras de la STC 164/2002, de 17 de septiembre:

«La validez de un razonamiento desde el plano puramente lógico es independiente de la verdad o falsedad de sus premisas y de su conclusión pues, en lógica, la noción fundamental es la coherencia y no la verdad de hecho, al no ocuparse esta rama del pensamiento de verdades materiales, sino de las relaciones formales existentes entre ellas. Ahora bien, dado que es imposible construir el Derecho como un sistema lógico puro este Tribunal ha unido a la exigencia de coherencia formal del razonamiento la exigencia de que el mismo, desde la perspectiva jurídica, no pueda ser tachado de irrazonable. A tal efecto, es preciso señalar, como lo ha hecho este Tribunal, que no pueden considerarse razonadas ni motivadas aquellas resoluciones judiciales que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas».

3. En este sentido, el razonamiento de la sentencia, que toma en consideración el régimen legal y la interpretación jurisprudencial de la determinación de la filiación, no puede ser calificado de arbitrario o irracional desde un punto de vista lógico, porque lo que afirma la sentencia, en párrafo que en el motivo no se transcribe, es que la situación fáctica no tiene encaje legal ni jurisprudencial que permita establecer las paternidades reclamadas.

Realmente, el motivo carece de todo fundamento. Más que a la ausencia de motivación o a la existencia de una motivación arbitraria o ilógica, el motivo parece referirse a la existencia de incoherencia en la apreciación de los hechos, lo que lleva incluso al recurrente a decir que la sentencia hace «supuesto de la cuestión», vicio que como tal carecería de sentido respecto de la propia resolución judicial.

Por lo demás, no existe incoherencia alguna entre los hechos declarados probados y la constatación por parte de la sentencia recurrida de que los litigantes no han llevado a cabo ninguna actuación que hubiera permitido determinar legalmente la paternidad de cada uno de ellos respecto de los **hijos** del otro, ni cuando nacieron los niños, ni después de su nacimiento, que es lo que resulta de los párrafos que se transcriben en el motivo del recurso, sin que el recurrente haya desmentido lo afirmado por la sentencia.

No se aprecia la incompatibilidad que se denuncia entre el hecho de que las partes tuvieran una voluntad de convivencia como la descrita y que al mismo tiempo se constate que no accedieran conjuntamente a la gestación por sustitución, que cada uno no adoptara a los **hijos** biológicos del otro, en definitiva, que no «regularizaran» la situación, sin que por lo demás sea arbitraria la valoración de la sentencia acerca del contenido del acuerdo privado que alcanzaron las partes en 2016 y sus efectos respecto de las acciones de paternidad ejercitadas.

En definitiva, como dice la fiscal en su informe, no se aprecia incoherencia o incompatibilidad alguna en la argumentación extractada por el recurrente en la medida que una cosa es el propósito inicial de formar una familia en la que los **hijos** de ambos serían tratados como hermanos, y otra que esa situación de hecho, que en ningún momento intentaron legalizar, sea suficiente para resolver la reclamación de filiación que se pretende.

En todo caso, como también advierte la fiscal, el análisis de la sentencia recurrida y sus fundamentos jurídicos permite conocer los motivos de la decisión adoptada que, en síntesis, pivotan sobre el hecho de que la mera posesión de estado o incluso el proyecto de vida común no pueden ser título suficiente para el reconocimiento de la filiación, por no estar previsto legalmente, ya que ninguno de ellos ha pretendido a lo largo de su prolongada convivencia regular legalmente la situación.

Cabe observar, finalmente que, como advierten la parte recurrida y la fiscal en su informe, el propio recurrente manifiesta que las afirmaciones que reprocha a la Audiencia «resultan además completamente ociosas para una resolución que, fijada la controversia sobre la concurrencia de la posesión de estado, mantenía un marcado objeto técnico jurídico» y, añade, que no aportan nada.

El motivo, por ello, se desestima.

Recurso de casación

CUARTO.- *Planteamiento de los motivos del recurso de casación*

El recurso se funda en dos motivos.

1. El primer motivo, al amparo del art. 477.2.3º LEC, denuncia la vulneración del art. 131 CC, por considerar la sentencia recurrida que la posesión de estado no constituye cauce legal para declarar la filiación pretendida, contraviniendo con ello la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo en las sentencias 740/2013, de 5 de diciembre, y 836/2013, de 15 de enero de 2014.

En el desarrollo del motivo el recurrente efectúa unas consideraciones generales acerca de que la irrupción de la ley que regula las técnicas de reproducción asistida ha determinado serios problemas de interpretación de nuestra obsoleta legislación sobre filiación, que solo regula la filiación por naturaleza o por adopción, y que tales problemas, de difícil y en ocasiones injusta solución, precisan de la necesaria revisión de las soluciones y una interpretación flexible. Defiende que existe una filiación voluntarista o intencional como nueva categoría que resulta de la Ley de técnicas de reproducción asistida. Reprocha a la sentencia impugnada que se apoye en la STS 277/2022, de 31 de marzo, por entender que resuelve un supuesto de hecho diferente, la regularización en España de la situación de un menor que fue denegada administrativamente por el Registro Civil Central, mientras que en este caso las filiaciones de los niños están perfectamente reconocidas en el ordenamiento español, aunque sea solo sobre un progenitor, sin necesidad de reclamación de la paternidad (art. 10 LTRHA).

Alega que en este caso no hay vulneración del orden público español, como tampoco la hubo en los supuestos resueltos en las SSTS 740/2013 y 836/2013, y sostiene que puede declararse la filiación por posesión de estado, que no es sólo título de legitimación del varón para reclamar una filiación que se presume natural, sino que sirve ya para declarar la filiación intencional o voluntarista cuyo consentimiento sea indubitado. Afirma que en nuestro caso, a diferencia de los supuestos de esas sentencias en los que era una mujer, se solicita que tal posesión de estado permita reconocer la filiación del padre intencional. Añade que el padre intencional, pese a lo expresado en la sentencia recurrida, no es el padre biológico, sino el padre no biológico, cuyo consentimiento resulta de los hechos considerados probados por la sentencia. Reitera que, al no estar registrada la madre no

puede hablarse de vulneración del orden público, que se trata de cuatro menores a quienes se ha reconocido su exclusiva filiación paterna, por lo que tampoco se puede apreciar la existencia de una filiación contradictoria ni la vulneración de un orden público, lo que ha posibilitado el reconocimiento de una filiación monoparental masculina no adoptiva.

El recurrente, finalmente, concluye sus alegaciones en el desarrollo del primer motivo afirmando que, en este caso, dado el contencioso existente entre los progenitores, la única solución para salvaguardar el interés de los menores en mantener sus relaciones familiares es que se establezca la filiación por posesión de estado, pues no es posible la adopción. De esta forma, el recurrente conecta el primer motivo con el segundo, en el que denuncia la vulneración del principio del interés del menor.

2. En el motivo segundo del recurso de casación, al amparo del art. 477.2.3º LEC, se denuncia literalmente: «vulneración del principio del interés del menor, con infracción del art. 3.1 de la Convención de la Naciones Unidas, art. 2.3 de la LO 1/1996 de Protección del Menor, art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades y los arts. 7 y 24 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, al haberse desestimado la demanda de filiación y, por tanto, sin aplicar correctamente tal principio, que pasaría por considerar el mantenimiento de los menores en el sistema y ámbito familiar, a la vista de los hechos probados y la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, con infracción de la doctrina de la ala contenida en las STS 835/2013 y reproducida en la 277/2022, así como en las resoluciones del TEDH de 26 de junio de 2014 (Menesson c/ Francia), de 28 de junio de 2007, (Wagner y J. M. W. L. c/ Luxemburgo), y de 4 de octubre de 2012, (Harroudj c/ Francia)».

En el desarrollo del motivo el recurrente alega que no se pretende utilizar el interés del menor para defraudar una norma, como sugiere la sentencia recurrida, porque en el caso los niños ya tienen la filiación determinada en España, por lo que no es de aplicación el art. 10 LTRHA y, aun de serlo, no sería congruente que se aplicara judicialmente mientras que paralelamente la situación se está regularizando con normalidad por la vía administrativa. Reprocha que la sentencia recurrida considere que el interés de los menores es matizable y que no es la única causa para fijar la filiación. Considera, por el contrario, que la defensa del interés del menor sí permite *per se* establecer una filiación.

Además, argumenta que del art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades y de la doctrina emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencia de 26 de junio de 2014), resulta que el no reconocimiento de la filiación en los niños nacidos por maternidad subrogada afecta al derecho a su vida privada y a su estabilidad, dado que desde su nacimiento disfrutaban de la compañía de sus hermanos, y en este momento solo lo hacen en los períodos vacacionales. Añade que el que tengan reconocida la filiación respecto de un progenitor no satisface su interés, que solo quedará salvaguardado mediante el reconocimiento de la filiación por posesión de estado. Considera que no se han tenido en cuenta las manifestaciones y sentimientos de los niños, que el régimen de visitas incluso puede ser perjudicial, dada la creciente desigualdad existente entre ellos, y que la única alternativa que salvaguarda el respeto al disfrute de su vida familiar es el reconocimiento de la filiación por posesión de estado.

QUINTO.- *Decisión de la sala. Consideraciones preliminares*

1. Hay que comenzar advirtiendo que, como observan tanto el recurrido como la fiscal, la documentación aportada por el recurrente después de la interposición del recurso y los hechos que en ella se reflejan no afectan a lo debatido en el recurso, dado que el estado de salud de las partes carece de relieve a la hora de decidir sobre la cuestión jurídica planteada, referida a la concurrencia o no de los requisitos legales para atender a las reclamaciones de filiación formuladas contra el Sr. Horacio .

2. Puesto que en los dos motivos del recurso de casación, de manera interrelacionada, lo que se mantiene es que la posesión de estado y el interés del menor *per se* son suficientes para la determinación de la filiación, debemos recordar la doctrina de la sala al respecto.

En la sentencia 45/2022, de 27 de enero (referida a una acción de reclamación de maternidad extramatrimonial por posesión de estado interpuesta por quien fuera pareja, y luego esposa, de la madre por naturaleza), dijimos:

«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**)».

Esta afirmación se reitera por la sentencia 558/2022, de 11 de julio, en un caso en el que también se ejercitaba una acción de reclamación de maternidad extramatrimonial por posesión de estado respecto de un menor nacido mediante técnicas de reproducción asistida.

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

En casos de filiación derivada de técnicas de reproducción asistida, la 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.

La sentencia del pleno 277/2022, de 31 de marzo, por su parte, casa la sentencia que basó la determinación de la filiación resultante de un acuerdo de gestación por sustitución respecto de una madre de intención sin vínculo genético con el nacido con apoyo en la posesión de estado, y remite a la madre de intención a la adopción para determinar su maternidad respecto del niño con el que convivía desde su nacimiento.

SEXTO.- *Decisión de la sala. Desestimación del recurso de casación*

1. Recurre en casación el demandante, que ejercitó una doble acción para que se declare su paternidad respecto de los dos **hijos** biológicos de quien fue su pareja, así como la paternidad de su expareja respecto de los dos **hijos** biológicos del propio demandante.

En los dos motivos del recurso de casación se sostiene que la posesión de estado y el interés de los menores deben conducir a que se declaren las paternidades reclamadas, lo que ha sido rechazado por la sentencia recurrida.

Los dos motivos del recurso de casación van a ser desestimados porque la sentencia recurrida, al concluir que la situación fáctica no permite determinar las filiaciones reclamadas con apoyo en la posesión de estado y en el principio del interés de los menores, no infringe ningún precepto legal, da respuesta adecuada al interés de los menores y no es contraria a la doctrina de la sala.

2. En el litigio que ha dado lugar al presente recurso, lo que se pretende por el demandante no es el reconocimiento de un acto de autoridad extranjero, porque tal reconocimiento, en la práctica, se ha producido administrativamente a favor de quienes encargaron la gestación y respecto de los niños nacidos de cada contratación. Tampoco se pretende la determinación de la paternidad respecto de los respectivos padres biológicos, que coinciden con los padres comitentes o de intención, y cuya paternidad proclaman ya las inscripciones practicadas. Lo que se pretende es la determinación de la filiación de cada uno de los menores respecto de quien ni es su padre biológico ni tampoco encargó su gestación, y ello con amparo en la ley española, concretamente conforme al art. 131 CC.

No se ha cuestionado que la ley aplicable es la española y no vemos inconveniente en partir de este presupuesto. Hay que recordar que, conforme al art. 9.4 CC, dada la naturaleza de la acción ejercitada, la normativa aplicable para resolver la pretensión formulada es la del Estado donde el **hijo** tenga la residencia habitual). En este caso, dos de los niños (los **hijos** del demandante) viven en un pueblo de Valencia y, respecto de los otros dos (los **hijos** del demandado), cabe observar que no consta que su estancia en el extranjero sea con vocación de permanencia, durante las vacaciones vienen a España y, de hecho, en la demanda se ha señalado como domicilio del demandado, con quien conviven, un domicilio en nuestro país.

3. Es oportuno insistir en que, aunque los cuatro niños nacieron a través del empleo de técnicas de reproducción asistida en el extranjero, el problema que se plantea no es de reconocimiento en España de una filiación reconocida en el país donde nacieron. Las filiaciones están inscritas en el Registro civil español respecto de cada padre biológico y a la vez comitente, y las filiaciones que se reclaman no responden ni a un vínculo genético ni se establecieron por resolución ni certificación de ninguna clase en el país de nacimiento.

Por tanto, la paternidad que se reclama no puede basarse ni en el vínculo genético (que todas las partes están de acuerdo que no se da) ni en la intención, sin que a estos efectos pueda acogerse el argumento del recurrente de que en este caso debe considerarse como padre de intención a quien no es el biológico. Lo cierto es que también es indiscutido que ninguno de ellos intervino ni prestó el consentimiento para la gestación de los niños que no eran **hijos** biológicos suyos. Este dato es significativo porque el recurrente argumenta sobre una nueva

filiación que califica de «voluntarista o intencional» al amparo de las técnicas de reproducción asistida, en la que ciertamente la voluntad y el consentimiento son decisivos, pero que en este caso no existieron.

4. La Audiencia, sintéticamente, ha partido de que, de haberlo querido las partes, hubieran accedido conjuntamente a la gestación de sustitución, de modo que conforme al derecho del país en el que se contrató la gestación y tuvo lugar el nacimiento, se hubiera obtenido un certificado y/o una resolución judicial que declarara la doble paternidad; cabe pensar que, puesto que el nacimiento de los niños tuvo lugar después de la publicación de la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010 (a pesar de su dudoso valor normativo y su manifiesta contradicción con la jurisprudencia de esta sala) se hubiera podido lograr en la práctica la inscripción de los niños como **hijos** de los dos comitentes. De acuerdo con la sentencia de esta sala 835/2013, de 6 de febrero de 2014, en casos semejantes, tal resultado se hubiera podido alcanzar mediante los mecanismos legalmente establecidos (tras la reclamación de la paternidad por el padre biológico, la adopción por el otro permitiría la formalización jurídica de la integración real de los menores en el núcleo familiar). La sentencia recurrida también apunta a que tampoco se instó la adopción. Ciertamente, a partir de 2005, las partes hubieran podido contraer matrimonio y cada uno adoptar a los **hijos** del otro, conforme a la redacción entonces vigente del art. 176.2.2.ª CC y, después de la reforma del precepto por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de haberlo querido, la adopción hubiera sido posible aun sin la celebración de matrimonio.

5. Lo que ahora quiere el demandante-recurrente es que se declare la paternidad de cada uno de los litigantes respecto de los **hijos** biológicos del otro por posesión de estado.

Ya hemos señalado que la posesión de estado, que en el art. 131 CC es título de legitimación, no fue el único argumento utilizado por las sentencias 740/2013, de 5 de diciembre, y 836/2013, de 15 de enero de 2014, en las que se valoró de manera conjunta, a la vista de las concretas circunstancias, la posesión de estado junto con el interés de los menores en preservar esa relación y la existencia de un proyecto reproductivo en común de las dos mujeres. También hemos recordado que la sentencia del pleno 277/2022, de 31 de marzo, casó la sentencia que determinó la filiación con apoyo en la posesión de estado respecto de la madre de intención que carecía de vínculo genético con niño. A los efectos de este recurso, por lo demás, determinada la filiación respecto de los padres biológicos (el art. 10.3 LTRHA deja a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico), y centrado el objeto del pleito en la determinación de la filiación respecto de quien fuera pareja del progenitor biológico, quedan fuera de nuestra consideración todas las alegaciones de las partes acerca de la nulidad de los contratos de gestación y la vulneración del orden público.

Lo que sostiene el recurrente es que de la convivencia como hermanos de los **hijos** de los litigantes, que nacieron con siete meses de diferencia, resulta una posesión de estado que debería consolidarse mediante la determinación judicial de las paternidades que se reclaman y, de esta forma mantener, en interés de los niños, la situación fáctica creada de equiparación de todos los niños.

Pero lo cierto es que ni una anterior convivencia establecida voluntariamente y amparada por acuerdos alcanzados por las partes, ni una invocación genérica e interesada del principio del interés del menor, justifican que se puedan establecer unas paternidades, con el conjunto de derechos y obligaciones que ello comporta, que carecen de cobertura legal.

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. Para este tipo de supuestos el ordenamiento establece el cauce de la adopción, que no se ha querido seguir. No es el ordenamiento español el que impedía la adopción, sino que fueron los litigantes quienes, pudiendo hacerlo, no quisieron adoptar, sin que el hecho de que ahora no sea viable la adopción por la ruptura determine que deba establecerse un vínculo legal de filiación al margen de las causas previstas por el legislador.

Al desestimar la acción ejercitada no se discrimina a unos menores por el hecho de haber sido concebidos mediante técnicas de reproducción asistida ni se impide el mantenimiento y desarrollo de la relación familiar por el hecho de que no exista vínculo genético de los niños con el litigante respecto del que se solicita la paternidad. La solución que se ha alcanzado en las instancias sería la misma en cualquier caso en el que se hubiera creado una convivencia estable con efectivas relaciones personales entre dos progenitores y sus respectivos **hijos**, con independencia tanto de las circunstancias de su nacimiento (mediante el empleo de técnicas de reproducción asistida o no, por naturaleza o filiación adoptiva) como del sexo de los progenitores.

Dentro del respeto que merecen los diferentes modelos de familia, el modelo convivencial libre y voluntariamente establecido por las partes pudo mantenerse como tal mientras quisieron, pero no permite su imposición, y menos a través de la determinación judicial de una filiación que no tiene amparo legal. Mediante la pretensión de que se determine la doble paternidad se pretende crear una situación jurídica, con unos derechos y obligaciones que no existían antes de la ruptura de la convivencia, por lo que el no reconocimiento

de la filiación reclamada no priva a los niños de sus derechos ni afecta a su identidad, tal como decimos a continuación.

6. El recurrente reprocha a la sentencia recurrida que no ha valorado el interés de los menores, porque considera que ese interés exige la determinación de la doble paternidad.

Ya hemos dicho que el interés del menor no puede identificarse genéricamente con la estimación de cualquier acción de filiación que se ejercite, pues 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**). Además, el mero beneficio económico, el acceso a un mayor nivel de vida, cultural o educativo que pudieran resultar de la paternidad reclamada, por sí, ni son criterios para atribuir la filiación ni encajan entre los criterios que deben tenerse en cuenta para valorar e interpretar el interés superior del menor a la hora de determinar una concreta filiación, de conformidad con lo dispuesto en el art. 2 Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

El respeto a la vida familiar con independencia de los lazos biológicos entre personas que han vivido juntas con cierta estabilidad, protegido por el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades, no exige que en este caso deba establecerse la filiación que se reclama. Los menores tienen su identidad jurídica atribuida por la determinación de la filiación respecto de sus respectivos padres, cuyos apellidos llevan, y desde la separación por voluntad de sus progenitores están integrados en sus respectivas familias. En el mismo acuerdo suscrito en 2016, las partes declaraban que acordaban un «régimen relativo a los cuatro niños fruto del proyecto ideado en común *en tanto los mismos convivan juntos*», convivencia que cesó por la ulterior falta de acuerdo entre los progenitores de unos y otros, en buena medida sobre cuestiones económicas.

Como dice la fiscal, no se trata siquiera de mantener una unidad familiar que ya está rota, y tampoco se alcanza a comprender el beneficio que podría reportar la declaración de la filiación pretendida, que conllevaría la cotitularidad de la patria potestad por dos personas, cuyas vidas, intereses y opiniones no transcurren paralelas, con la fuente de conflictos que pueden derivarse de tomar cada uno parte en las decisiones que afectan a los **hijos** del otro hasta que alcancen la mayoría de edad, en cuestiones referidas a la salud, la educación, los viajes, etc. Tal conflictividad ya ha tenido lugar en el pasado, según consta en las actuaciones, cuando por razones laborales el demandado quiso trasladar su residencia, y sin duda solo tendría una incidencia negativa en la estabilidad de los menores, que desde hace más de cuatro años viven cada uno con su padre, muy alejados, con formas de vida y educaciones diferentes.

Es también relevante que en la exploración realizada a los menores (acta de exploración de 10 de enero de 2022, ante la magistrada ponente de la Audiencia Provincial, con asistencia del ministerio fiscal y del letrado de la Administración de justicia), los niños manifestaron una gran capacidad de adaptación, normalizando la situación que viven y, aunque desearían vivir juntos, también manifiestan que se encuentran a gusto viviendo en países diferentes y manteniendo frecuentes contactos intersemanales y los fines de semana entre ellos y con el padre de los otros, compartiendo videojuegos, por videoconferencia, o por teléfono, además de disfrutar de las vacaciones juntos. Reconocen que las formas de vida de Horacio y de Gonzalo son diferentes pero les gustan ambas, quieren mucho a Gonzalo y Horacio y mantienen también contacto con las respectivas familias de ambos. No se desprende de sus declaraciones que exista incertidumbre o inseguridad en cuanto a su identidad, tienen los apellidos de sus respectivos padres biológicos y son conscientes de la situación.

Por todo ello, esta sala comparte el criterio de la fiscal recogido en su informe en el sentido de que la sentencia recurrida no ha vulnerado el interés de los menores. La opción mejor y más adecuada, en atención a todas las circunstancias concurrentes, es la que acogió la sentencia de primera instancia, mantenida en la apelación, que garantiza el derecho efectivo de los menores a mantener vínculos y relacionarse con aquellas personas con las que les une una relación afectiva, y que consiste en un generoso sistema que regula estas relaciones, que ha sido admitido por ambas partes, mediante un amplio régimen de estancias y relaciones que va más allá de las que se fijan para meros allegados, y que permite a los chicos compartir juntos todos los periodos vacacionales, la mitad con el Sr. Gonzalo , la otra mitad con el Sr. Horacio , sistema que se viene ejecutando sin que conste se hayan producido incidentes y lo más importante, al que los **hijos** de las dos partes se han adaptado sin dificultad.

Por todo ello los dos motivos del recurso se desestiman.

SÉPTIMO.- *Costas*

La desestimación de ambos recursos determina la imposición de las costas al recurrente.

FALLO

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

1.º- Desestimar los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por D. Gonzalo contra la sentencia dictada con fecha de 8 de abril de 2022 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24.ª), en el rollo de apelación n.º 532/2021, dimanante del juicio de filiación n.º 545/2018 del Juzgado de Primera instancia n.º 4 de Pozuelo de Alarcón.

2.º- Imponer las costas de ambos recursos a la parte recurrente y ordenar la pérdida de los depósitos constituidos para su interposición.

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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ