

LA MATERNIDAD SUBROGADA EN ESPAÑA: Reflexiones en torno a la STS de 25 de Octubre de 2016. Sala de lo Social¹.

En el último trimestre del año 2016, el Tribunal Supremo en su Sala de lo Social dictó dos sentencias de Pleno que, si bien contaron con varios votos particulares de los Magistrados integrantes de la misma, solventaron la controversia jurisprudencial en orden a la legitimación del padre/madre subrogante en la solicitud de las prestaciones concedidas por nuestra legislación laboral –art. 133 bis de la LGSS, actual artículo 117 tras la reforma acaecida en 2015-.

En la sentencia fechada el 16 de noviembre de 2016 un matrimonio heterosexual recurre a la gestación subrogada en San Diego, California, para ver colmados sus deseos de paternidad. En este Estado, si bien el reconocimiento de la filiación del niño nacido mediante el recurso a esta técnica no es automático, una vez celebrado el contrato de gestación, la parte interesada ha de instar el procedimiento judicial regulado en la sección 7630 (f) del *California Family Code*, cuyo fin es determinar la filiación que pueda derivar conforme a la voluntad de las partes expresadas en el acuerdo. Este procedimiento dirigido a conformar los derechos parentales, pretende establecer los derechos de la filiación del nacido respecto de los miembros de la pareja comitente a partir de una sentencia, la llamada *pre-birth judgement*, que declara la filiación a su favor, sentencia que fue dictada por la Corte Suprema de California el 4 de abril de 2013. Determinada la filiación en EEUU a favor de los padres comitentes, concurren todos los requisitos exigidos por la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010 para que la inscripción de la filiación pueda practicarse en el Registro Civil español al presentar los padres comitentes resolución judicial extranjera que tenga su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria. No obstante, ante la disyuntiva de si estos padres tienen o no derecho a la prestación laboral derivada de la maternidad, el Tribunal Supremo llega a la conclusión que la finalidad última de los artículos 133 bis y 133 ter de la LGSS es el cuidado y atención del menor por parte de sus padres, ya sean biológicos o no, por lo que se ha de reconocer la prestación de maternidad a la solicitante, ya sea con base en la maternidad o aplicando por analogía la adopción o el acogimiento.

A la misma conclusión llega la STS de 19 de octubre de 2016 si bien la determinación de la filiación a favor del padre comitente puede ser cuestionada. El supuesto de hecho al que da origen esta sentencia está datado en 2013, fecha en la que tuvo lugar el nacimiento de dos niñas en Nueva Delhi mediante gestación subrogada en la que el demandante de las prestaciones en el orden social fue el padre biológico y los óvulos donados por una mujer que también llevó a cabo la gestación. La gestación y el

¹ María Soledad de la Fuente Núñez de Castro. Profesora Contratada Doctora acreditada al Cuerpo de Profesores Titulares de Universidad. Departamento de Derecho Civil, Eclesiástico del Estado y Romano. Facultad de Derecho. Universidad de Málaga, msfuente@uma.es

nacimiento, fechados con anterioridad a 2015, habrían de regirse por las directrices pautadas por las Guías Nacionales para la Acreditación, Supervisión y Regularización de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida². Junto a ello, como aval de esta desigualdad que pretendemos demostrar, la vigencia de la Instrucción de DGRN de 5 de octubre de 2010, exigiría al padre biológico de las niñas al solicitar la inscripción de su filiación, la presentación ante el Encargado del Registro Civil Consular de España en Nueva Delhi, una resolución judicial dictada por el órgano jurisdiccional competente del país de origen que determinara la filiación a favor del padre subrogado.

Pese a estas exigencias, de los antecedentes de hecho de la STS de 25 de octubre de 2016, no se infiere que ninguno de estos dos requisitos se cumplimentara. Todo lo más, justifica la inscripción en un acta notarial en virtud de la cual el padre acepta ejercer exclusivamente todas las funciones y obligaciones que derivan de la patria potestad, incluyendo el cuidado exclusivo y la custodia de las menores, ante la imposibilidad de la gestante para ejercer esta función. Es más, la mujer renuncia a cuantos derechos y deberes pudieran corresponderle sobre las menores autorizando al padre a establecer su casa y hogar en cualquier país y ciudad de su libre elección³.

Si bien este pronunciamiento judicial distingue dos planos perfectamente diferenciados, a saber, el atinente al contrato de gestación por sustitución y su nulidad legalmente establecida y la situación del menor al que no puede perjudicar la nulidad del contrato, el reconocimiento de las prestaciones derivadas de nuestra legislación social⁴, en

² Ente otras, estas guías, establecían las siguientes condiciones:

-La gestante no podía tener más de 45 años, no podía donar material genético ni podría actuar como gestante más de tres veces, sometiéndose previamente a estudios de VIH para asegurarse que no fuese portadora del virus.

- Los comitentes habrían de ser incapaces para llevar a término un embarazo.

- La filiación se determinaría a favor de los padres genéticos. Por tanto, si los comitentes aportaron su material genético ambos figurarían en el certificado de nacimiento. Por el contrario, si solo uno de ellos aportó material genético sería éste el que figurase en el certificado.

³ El progenitor biológico podría traer a colación analógicamente lo dispuesto en el artículo 177.2.2 del CC, si bien referido a la adopción en relación al consentimiento que ha de emitir la madre del adoptando al establecer que “*el asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que no hayan transcurrido 30 días desde el parto*”. No obstante lo anterior, nunca sería legal pactar la entrega del recién nacido antes de dar a luz mientras el CC señale el plazo de un mes tras el parto. En este sentido, CASADO BLANCO (2013, p. 60).

⁴ Por razones cronológicas se ha de aplicar al supuesto el art. 133 de la LGSS de 1994, cuyo artículo 133. bis (actual artículo 117 de la LGSS de 2015) delimita las “situaciones protegidas” a efectos de tales prestaciones:

“A efectos de la prestación por maternidad prevista en esta Sección, se consideran situaciones protegidas la maternidad, la adopción y el acogimiento tanto adoptivo como permanente o simple de conformidad con el Código Civil y con las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que en este último caso, su duración no sea inferior a un año, y aunque dichos acogimientos sean provisionales, durante los periodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48.4 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de

supuestos como el examinado, atentaría contra otros básicamente iguales en los que la filiación no ha podido ser reconocida en el orden civil como derivada de una gestación subrogada, sin perjuicio de que la filiación paterna pudiera ser determinada mediante sentencia judicial conforme a lo previsto en la legislación española.

Del examen del pronunciamiento judicial se deduce que la determinación de la filiación a favor del sujeto que aportó el material genético se instrumenta en torno al artículo 120.1 del Código Civil, es decir, nos encontraríamos ante un supuesto en el que la paternidad extramatrimonial se establece en virtud del reconocimiento de la misma “realizada por el padre en el correspondiente formulario oficial a que se refiere la legislación del Registro Civil”. Por ello, antes de determinar estos dos planos bien diferenciados de los que parte la sentencia estudiada que distinguen entre nulidad del contrato de gestación subrogada y la situación *de facto* del menor que no ha de verse desprotegida en virtud del principio del mejor interés del menor, debemos cuestionarnos si el solicitante de la prestación incurrió en un fraude de ley respecto al reconocimiento de la filiación de los menores nacidos por subrogación en India.

Nos llama la atención que, inicialmente en los Antecedentes de Hecho de la sentencia, el solicitante argumentara que el nacimiento de las niñas fue fruto de una subrogación, para después, en el Fundamento Jurídico Noveno, cimentar el Tribunal la determinación de la filiación del sujeto y, por tanto, la concesión de las prestaciones, en el artículo 120.1 del Código Civil. A todas luces parece que nos encontramos ante un supuesto de fraude de ley del artículo 6.3 del CC en el que el artículo 120.1 del CC sería la norma de cobertura y el artículo 10 de la LTRHA la norma defraudada en el ejercicio de la tutela declarativa que habría de llevar a cabo el Encargado del Registro Civil para proceder a la inscripción del nacimiento y de la filiación a favor del padre biológico ante la ausencia de pronunciamiento judicial expedido por un órgano jurisdiccional indio que determinara la filiación a favor del mismo.

No obstante lo anterior, la STS de 25 de octubre de 2016 concede la prestación al padre solicitante al establecer que “el que una Ley civil prescriba la nulidad del contrato de maternidad por subrogación no elimina la situación de necesidad surgida por el nacimiento del menor y su inserción en determinado núcleo familiar; y tal situación de necesidad debe ser afrontada ... procurando que esos hijos no vean mermados sus derechos. Y aquí nos encontramos con un contrato de maternidad por subrogación que es nulo pero que ha desplegado sus efectos, en particular los que nos interesan: inserción de las menores nacidas en el núcleo familiar (...) Porque al margen de la nulidad del negocio sobre gestación, lo cierto es que estamos ante una realidad contemplada por la legislación social (Ley General de la Seguridad Social, Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre). Carece de sentido admitir la protección cuando

24 de marzo, y en el artículo 30.3 de la ley 30/1994, de 2 de agosto, de Medidas para la reforma de la función pública”.

nace un hijo fuera del matrimonio, o como consecuencia de una relación sexual esporádica, pero rechazarla en supuestos como el presente”.

Es un hecho indiscutido que la maternidad subrogada es una realidad social. La función del Derecho debe ser regular la realidad social si es que quiere tener utilidad efectiva. El análisis realizado sobre la maternidad subrogada en las páginas precedentes se ha llevado a cabo desde dos perspectivas distintas del Derecho pero que han de ser complementarias y congruentes: civil y laboral. Sobre esta congruencia se pronuncian diversas Sentencias del Tribunal Constitucional, entre otras, SST 150/1990, de 4 de octubre; 222/2006, de 6 de julio ó 233/1999, de 16 de diciembre, al establecer que “cada norma singular no constituye un elemento aislado e incomunicado en el mundo del Derecho, sino que se integran en un ordenamiento jurídico determinado, en cuyo seno, y conforme a los principios generales que lo informan y sustentan, deben resolverse las antinomias y vacíos normativos, reales o aparentes que de su articulado resulten”.

Desde la perspectiva civil, ante la nulidad del contrato de gestación subrogada en nuestro país por la ilicitud de la causa –art- 10 de la LTRHA-, los padres intencionales recurren a otros Estados donde esta técnica de reproducción humana asistida está permitida y/o regulada⁵. Si en el país al que acuden los padres comitentes un órgano jurisdiccional emite una resolución que determine la filiación a favor de los mismos la inscripción del nacimiento y, consecuentemente, de la filiación podrá llevarse a efecto en los términos que establece la Instrucción de la DGRN de 5 de Octubre de 2010 vigente tras la Circular de 11 de julio de 2014 pese al pronunciamiento de la STS de 6 de febrero de 2014. Si, por el contrario, el país al que acuden los padres subrogados no cuenta con legislación que regule la materia o, contando con ella, ningún órgano jurisdiccional del país emite una resolución determinando la filiación a favor de los padres de intención, la única vía que le queda a éstos para que quede determinada la filiación a su favor será la establecida en el artículo 10.3 de la LTRHA, es decir, el ejercicio de la acción de reclamación de la paternidad por el progenitor si es que este aportó el material genético⁶.

Si la filiación de los nacidos por medio de la gestación subrogada se ha alcanzado siguiendo los términos establecidos en el párrafo precedente, y, por lo tanto, la filiación

⁵ CORERA IZU, (2014), “Abandono, apátridas y sin padres”, *Diario La Ley*, nº8345, Sección Doctrina, 2 de julio de 2014, Año XXXV.

⁶ En este sentido se pronunció la STS de 6 de febrero de 2014. Siendo la gestación subrogada el medio utilizado por un matrimonio igualitario masculino para lograr sus deseos de paternidad, aportando ambos el material reproductor para fecundar el óvulo de una donante anónima, nuestro más Alto Tribunal dictaminó que la filiación del progenitor biológico quedase determinada por el ejercicio de la acción de reclamación del padre biológico, confirmado tras la prueba de ADN, mientras que la filiación a favor del otro integrante del matrimonio podría llevarse a efecto mediante la adopción de los menores en virtud del artículo 44 del Código Civil tras la reforma experimentada en el año 2005, “*el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo*”. Por lo tanto, se admite, a partir de entonces, la adopción por parejas de la misma condición sexual.

de los mismos está inscrita en el Registro Civil a favor de los padres de intención, éstos, ya sean pareja heterosexual, igualitaria, hombre o mujer en su individualidad estarán legitimados para solicitar la prestación a la que se refiere el artículo 133 bis de la LGSS de 1994 (actual art. 177 de LGSS en la redacción dada tras la reforma del año 2015) porque si bien, el/los solicitantes no se encuentran en ninguno de los supuestos previstos en la norma, ésta “ha de interpretarse no solo a la luz de la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo al espíritu y finalidad de aquellas (artículo 3.1 del CC), sino, muy especialmente, a la vista del tenor de otros preceptos. No se trata de violentar lo preceptuado por el legislador, sino de aquilatar el alcance de sus previsiones, armonizando los diversos mandatos confluyentes (STS de 25 de octubre de 2016)”. La transferencia del derecho a prestaciones por maternidad en estos casos muestra a las claras la finalidad que se le asigna a la misma y concuerda con la interpretación analógica al no haber mediado conducta fraudulenta para obtener indebidamente las prestaciones⁷.

Ahora bien, si los comitentes incurren en un fraude de ley para determinar la filiación a su favor cuando, en su intento de alcanzar la generación, acuden a la gestación subrogada en un país que carece de regulación o que teniéndola no emite un pronunciamiento judicial, nos encontraremos ante una doble contravención del ordenamiento jurídico: por un lado, el contrato de gestación subrogada prohibido por el artículo 10 de la LTRHA; por otro, el fraude cometido conforme al artículo 6.3 del CC.

Al no existir resolución judicial emitida por autoridad del país extranjero, el amparo en el artículo 120.1 del CC pretendiendo el reconocimiento de la filiación extramatrimonial supondría, un fraude de ley siempre y cuando el comitente fuese un varón en su individualidad que aporta material reproductor. Sin embargo, esta situación creada al margen de la ley, no elimina la situación de necesidad surgida por el nacimiento del menor y su inserción en un determinado núcleo familiar. El artículo 39.3 de nuestra Constitución obliga a los padres a prestar asistencia a los hijos habidos “dentro o fuera del matrimonio”. Esta situación de necesidad debe ser afrontada desde la perspectiva de las prestaciones de la Seguridad Social, procurando que los hijos no vean mermados sus derechos. Sin embargo, no creemos que sea la vía de la interpretación analógica en la que descansa el argumento de la STS de 25 de octubre de 2016 la más indicada. No obstante el juez que conozca del asunto debe resolver. Por ello, en virtud del principio *iura novit curia* “el Tribunal puede fundamentar su decisión en normas distintas a las alegadas porque conoce el Derecho. Ahora bien, como norma general sus facultades no son ilimitadas. Los principios de congruencia y dispositivo impiden acudir a hechos extraños al proceso (...). El juzgador debe tomar en consideración exclusivamente los hechos alegados por las partes, que resulten probados e integren la *causa petendi* (HENRÍQUEZ SALIDO, ALARCÓN OLMEDO, ORDOÑEZ SOLÍS, OTERO SEIVANE, RABANAL CARVAJO, 2015, p. 7)” y, en consecuencia, puede aplicar el

⁷ STS de 25 de octubre de 2016.

principio del interés superior del menor como Cláusula General para resolver la cuestión de la legitimación del padre biológico respecto a las prestaciones derivadas de nuestra legislación social y laboral.

Una cláusula general se conceptúa en palabras de MIQUEL GONZALEZ (1997, p. 297) como disposiciones de ley, y en ello se diferencian de los Principios Generales. En realidad en muchas ocasiones el legislador se limita a elevar a rango de Ley auténticos Principios Generales del Derecho, que a partir de ese momento y con independencia de su carácter informador del ordenamiento jurídico (y su aplicación principalmente subsidiaria por el Juez, ex art. 1.4 del CC) pasan a configurar normas imperativas y, por tanto, de aplicación directa y necesaria. Esta afirmación permite entender que la vinculación del juez a la Ley no pueda serlo de forma rígida sino flexible dentro del Ordenamiento entendido en su conjunto. Por ello, el juez puede corregir un precepto legal mediante una cláusula general, pues es precisamente para ello para lo que están pensadas éstas. No es que el Juez se desvincule de la ley, sino que aplica otra ley (la que contiene la cláusula general) que sirve a dicho efecto.

Tal y como establece la STS de 25 de octubre de 2010, “la protección que la Seguridad Social dispensa a la *maternidad* está relacionada no solo con el descanso obligatorio y voluntario por el hecho del parto, sino también con la atención y cuidado del menor” y este menor necesita la protección que le dispensa el ordenamiento jurídico, física, psíquica y económica, no solo cuando nace en el seno de una matrimonio o pareja heterosexual⁸ o igualitaria femenina⁹ sino también cuando es fruto de una gestación subrogada, gestacional o tradicional, ya sea homóloga o heteróloga la técnica de reproducción humana asistida empleada.

El aplicador del Derecho ha de llevar a cabo un juicio de ponderación sobre los intereses concurrentes: el del niño así como el de el/los padre/s comitentes y, una vez analizados todos ellos, desde la perspectiva del mejor interés del menor, certificar que el cuidado de los menores puede crear una situación de necesidad, personal y material, que puede quedar solventada con el acceso a las prestaciones reconocidas por nuestra legislación. Incluso podría plantearse que de no concederse la misma y, ante la situación de vulnerabilidad en la que puede encontrarse el menor (riesgo y desamparo), la intervención de la Administración podría llevar a desvincular a estos de el/los sujetos que han creado en torno al mismo una situación familiar *de facto*. Por lo tanto, la no

⁸ Cuya generación haya tenido lugar bien de forma natural o acudiendo a las técnicas de reproducción humana asistida, ya sean homólogas o heterólogas.

⁹ En este supuesto no hay cuestión que se preste a debate tras la adición de un tercer apartado al artículo 7 de la LTRHA que determina que “cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge”. Vid (DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, 2015, “Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad legal: A propósito de las SSTS de 5.12.2013 y 15.01.2014”, *In Dret, Revista para el Análisis del Derecho*).

concesión de las prestaciones podría implicar un menoscabo del interés del menor que podría ver vulnerados derechos constitucionales como el de igualdad de los hijos ante la ley o el de no discriminación por razón de filiación o nacimiento.

BIBLIOGRAFÍA

CORERA IZU, Martín (2014), “Abandono, apátridas y sin padres”, *Diario La Ley*, nº8345, Sección Doctrina, 2 de julio de 2014, Año XXXV.

DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, 2015, “Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad legal: A propósito de las SSTs de 5.12.2013 y 15.01.2014”, *In Dret, Revista para el Análisis del Derecho*.

DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, María Soledad (2016) “La maternidad subrogada: una alternativa para el colectivo LGTB: A propósito de la reciente jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo” en LAURENZO COPELLO, Patricia y DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto (dirs) *Colectivos en los márgenes del Derecho*, Valencia Tirant Lo Blanch.

HENRÍQUEZ SALIDO, María do Carmo; ALAÑÓN OLMEDO, Fernando; ORDOÑEZ SOLÍS, David; OTERO SEIVANE, Josefa; RABANAL CARVAJO, Pedro F, (2015) “El principio procesal *iura novit curia* en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Revista de Llengua, Dret, Journal of Language and Law*, nº64.

MIQUEL GONZÁLEZ, José María (1997), “Cláusulas judiciales y desarrollo judicial del Derecho”, *Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*.