



FACULTADE RELACIÓNS LABORAIS

TRABAJO DE FIN DE GRADO

GRADO EN RELACIONES LABORALES Y RECURSOS HUMANOS

**Reconocimiento de la pensión de orfandad a
los hijos nacidos mediante técnicas de
reproducción asistida**

Autor/a: Thalía Guimeráns Costado

Tutor/a: María Consuelo Ferreiro Regueiro

Santiago de Compostela

Año académico 2020 / 2021 - Oportunidad de febrero

TRABAJO DE FIN DE GRADO
GRADO EN RELACIONES LABORALES Y RECURSOS
HUMANOS POR LA UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE
COMPOSTELA

**Recoñecemento da pensión de orfandade aos fillos nados
mediante técnicas de reprodución asistida**

**Reconocimiento de la pensión de orfandad a los hijos
nacidos mediante técnicas de reprodución asistida**

**Recognition of the orphan's pension to children born
through assisted reproduction techniques**

Autor/a: Thalía Guimeráns Costado

SINATURA



Tutor/a: María Consuelo Ferreiro Regueiro

Santiago de Compostela

Año académico 2020 / 2021 - Oportunidad de febrero

ÍNDICE

I. Resumen.....	1
II. Abreviaturas.....	4
III. Introducción.....	6
IV. Beneficiarios de la pensión de orfandad.....	8
V. Reconocimiento de la filiación mediante técnicas de reproducción humana asistida.....	12
VI. Gestación por sustitución.....	15
1) <i>Concepto.....</i>	15
2) <i>Filiación del menor nacido en el extranjero.....</i>	16
3) <i>Premoriencia de los teóricos progenitores.....</i>	26
VII. Filiación póstuma.....	28
1) <i>Alcance de la filiación póstuma.....</i>	28
2) <i>El menor póstumo nacido por técnicas de reproducción humana asistida.....</i>	28
VIII. Conflicto de competencia jurisdiccional funcional entre el orden civil y el orden social.....	31
IX. Conclusiones.....	38
X. Bibliografía.....	40
XI. Doctrina judicial.....	41

I. Resumen

El presente trabajo aborda la situación legal de las técnicas de reproducción humana asistida en España desde la perspectiva de la necesaria protección de los hijos, nacidos mediante las mismas, tras el fallecimiento de los padres comitentes. El objeto de estudio es conocer la situación legal del nuevo régimen de la filiación derivado de la práctica de estos métodos, en aras a determinar si los nacidos tienen derecho al reconocimiento de la pensión de orfandad.

A mayores, se desarrollarán dos cuestiones de especial interés relacionadas con la materia, que son, por una parte, la situación de los huérfanos en el caso de la premoriencia de los teóricos progenitores sin haber quedado verificada la filiación y, por otra, la fecundación póstuma, posibilidad recogida en la Ley 14/2006, de 26 mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, que supone la determinación de la filiación del nacido con respecto a su progenitor con posterioridad al fallecimiento de éste.

Por último, se hará alusión, desde una visión procesal, al conflicto de competencia jurisdiccional funcional entre el orden civil y el orden social, a la hora de reconocer, éste último, la prestación de nacimiento y cuidado de menor a los padres comitentes en virtud de un contrato de gestación por sustitución.

PALABRAS CLAVE

Técnicas de reproducción humana asistida, gestación por sustitución, padres comitentes, filiación, interés superior del menor, reconocimiento, pensión de orfandad.

Resumo

O presente traballo aborda a situación legal das técnicas de reprodución humana asistida en España dende a perspectiva da necesaria protección dos nenos, nados a través delas, despois da morte dos pais con intención. O obxecto de estudo é coñecer a situación legal do novo réxime de filiación derivado da práctica destes métodos, para determinar se os nados teñen dereito ao recoñecemento da pensión de orfandade.

Máis adiante desenvolveranse dúas cuestións de especial interese relacionadas co tema, que son, por un lado, a situación dos orfos no caso da premorencia dos pais con intención sen ter verificada a filiación e, por outra, a fecundación póstuma,

posibilidade incluída na Lei 14/2006, de 26 maio, sobre técnicas de reprodución humana asistida, que implica a determinación da filiación do nado con respecto ao seu proxenitor despois da morte deste.

Por último, farase alusión, dende o punto de vista procesual, ao conflito de competencia xurisdiccional funcional entre a orde civil e a orde social á hora de recoñecer, este último, a prestación de nacemento e coidado de menor aos pais con intención en virtude dun contrato de xestación por substitución.

PALABRAS CLAVE

Técnicas de reprodución humana asistida, xestación por substitución, fecundación asistida, pais con intención, filiación, interese superior do menor, recoñecemento, pensión de orfandade.

Abstract

This work addresses the legal situation of assisted human reproduction techniques in Spain from the perspective of the necessary protection of children, born through them, after the death of the commissioning parents. The purpose of the study is to know the legal status of the new regime of affiliation arising from the practice of these methods, in order to determine whether those born are entitled to recognition of the orphan's pension.

In addition, two particularly interesting issues related to the subject matter will be developed, such as, on the one hand, the situation of orphans in the case of the death of the commissioning parents without having been verified the affiliation and, on the other hand, the posthumous insemination, which involves the determination of the affiliation of the born, with respect to his parent, after the death of the latter.

Finally, reference will be made, from a procedural point of view, to the conflict of functional jurisdiction between the civil order and the social order when recognizing, the latter, the provision of birth and childcare to the parents, who are members under a gestation contract for substitution.

KEY WORDS

Assisted human reproduction techniques, surrogate pregnancy, commissioning parents, filiation, best interests of the child, recognition, orphan's pension.

II. Abreviaturas

Art.	Artículo
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
DGRN	Dirección General del Registro y el Notariado
ET	Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 octubre, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto de los Trabajadores
INSS	Instituto Nacional de la Seguridad Social
Instrucción de 5 octubre de 2010	Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
LGSS	Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial

LRJS	Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social
LTRHA	Ley 14/2006, de 26 mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida
O.M de 13 de febrero de 1967	Orden Ministerial de 13 de febrero de 1967, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia del Régimen General de la Seguridad Social
RD 1647/1997	Real Decreto 1647/1997, de 31 de octubre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de la Seguridad Social
RD 295/2009	Real Decreto 295/2009 de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural
SMI	Salario mínimo interprofesional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TRHA	Técnicas de Reproducción Humana Asistida

III. Introducción

Las técnicas de reproducción humana asistida (en adelante TRHA) han revolucionado en Derecho de Familia el tradicional régimen de establecimiento de la filiación, dando lugar a una nueva forma de determinación de dicha relación jurídica, distinta a las contempladas en el art. 108 del Código Civil (en adelante CC). Consecuentemente, surgió la necesidad de regular el régimen jurídico de la filiación para los nacidos mediante estas técnicas, que actualmente se encuentra recogido en la LTRHA.

La finalidad esencial del presente trabajo estriba en determinar si los nacidos mediante TRHA tienen derecho al reconocimiento de la pensión de orfandad, tras la muerte de los padres comitentes.

Para llegar al *summun* de la cuestión, deben ser objeto de estudio una serie de aspectos previos, como son, en primer lugar, la regulación de la pensión de orfandad, recogida en la Ley General de Seguridad Social (en adelante LGSS) y normativa de desarrollo, donde se establecen los requisitos esenciales para el acceso a la misma y los beneficiarios que tienen derecho a ella, entre los que, en un primer momento, no se encuentran los nacidos mediante estos métodos. La siguiente materia, concluyente para resolver el objeto del trabajo, trata de la determinación de la filiación de los nacidos por dichas técnicas, encontrándose regulada en el art. 7.1 de la LTRHA donde se establece que dicha relación jurídica seguirá lo dispuesto en las normas civiles, y art. 10 de la misma Ley, que regula, en concreto, la maternidad subrogada, disponiendo que será nulo todo contrato que convenga esta práctica. Por lo tanto, para el caso de la fecundación asistida, se aplicará lo dispuesto en las leyes civiles, con las peculiaridades correspondientes a cada caso. En cambio, en relación con la maternidad subrogada, prohibida en nuestro país, debido a que su práctica se ha seguido llevando a cabo en el extranjero, con la consecuencia de que, llegado a término el contrato y una vez en España, los padres comitentes pretenden la inscripción del menor como su hijo en el Registro Civil, se hizo necesario regular un régimen registral para los nacidos mediante esta técnica en el extranjero, cuestión que llevó a cabo la Dirección General del Registro y el Notariado (en adelante DGRN) en la instrucción de 5 de octubre de 2010, que sirvió de base para resolver los conflictos legales generados por los distintos supuestos de hecho que de esta práctica se despliegan, destacando el resuelto por el mismo órgano en la Resolución de 23 de septiembre de 2011, sobre la determinación de la filiación de

una menor, nacida en Los Ángeles mediante gestación por sustitución, con respecto a los padres comitentes, ambos varones.

Una vez establecida la filiación, distinta en cada caso, los derechos y obligaciones derivados de la misma se equiparan a los de la filiación por naturaleza o por adopción, causando derecho a la pensión de orfandad, siempre que se cumplan los requisitos contenidos en la LGSS.

Por otra parte, resultando una cuestión de gran interés, será tratado el supuesto de la premoriencia de los padres comitentes antes de haberse verificado la filiación, quedando el menor sin tener establecido el vínculo jurídico respecto al causante, que le proporciona, en un primer momento, el acceso a la pensión de orfandad. Valorando si, careciendo de tal relación jurídica, el nacido tiene derecho por algún medio al reconocimiento de la prestación.

Siguiendo en materia de filiación, la LTRHA en su art. 9 recoge la posibilidad de que la mujer se fecunde tras la muerte de su pareja con el material reproductor de éste dentro de los 12 meses siguientes al óbito, dando lugar a que la filiación del menor con respecto a su progenitor fallecido se produzca póstumamente. Resultando necesario conocer qué efectos tiene dicha forma de establecimiento de la filiación en relación con el acceso a la pensión de orfandad ya que, en este caso, el menor no había nacido en la fecha del hecho causante.

Finalmente, se abordará el conflicto de competencia jurisdiccional funcional entre el orden civil y el orden social relativo al reconocimiento, por este último, de la prestación de maternidad (ahora nacimiento y cuidado de menor) a los padres comitentes. Residiendo el problema en que la filiación es una materia de competencia civil y el reconocimiento de las prestaciones, una social. Por lo que, el hecho de que la filiación, cuestión tan determinante, sea objeto de estudio por parte del orden social para resolver el acceso a la prestación, genera una invasión de la competencia.

IV. Beneficiarios de la pensión de orfandad

Como de su propio nombre se deduce, la pensión de orfandad se destina a ayudar en el estado de necesidad en que se encuentran los hijos del causante, hallándose su régimen jurídico recogido principalmente en la LGSS. En cambio, la determinación de la filiación, como corresponde a la regulación de los derechos de las personas, se consigna en el CC. Su art. 108 distingue entre la generada por la naturaleza y la de carácter adoptivo, y entre la matrimonial, para el caso de que ambos progenitores estén casados entre sí, y la no matrimonial, en los demás supuestos. Sobra decir, que cualquiera de estas modalidades de filiación produce los mismos efectos ante la ley.

Así las cosas, en un primer momento, cabría entender que la pensión de orfandad recae sobre los hijos cuya filiación respecto al causante se determine tal y como establece el CC. Por lo que, en base a éste y según lo dispuesto en la LGSS (art. 224.1), ostentarán la condición de beneficiarios, en régimen de igualdad, “los hijos e hijas del causante o la causante fallecida, cualquiera que sea su filiación, siempre que el causante se encontrase en alta o situación asimilada o fuera pensionista en los términos del artículo 217.1.c).”.

Del mismo modo, serán beneficiarios los hijos del causante, cualquiera que sea la naturaleza legal de su filiación, nacidos con posterioridad a la fecha del fallecimiento de éste, según los términos establecidos en el art. 116 CC. Entendiéndose causada la pensión en la fecha del nacimiento, siguiendo lo dispuesto en el art. 3 de la Orden Ministerial de 13 de febrero de 1967 por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia del Régimen General de la Seguridad Social (en adelante O.M de 13 de febrero de 1967).¹

Sin embargo, hay determinados supuestos en los que se les reconoce la condición de beneficiarios a los hijos cuya filiación no es determinada con arreglo a lo establecido en el CC. Como es el caso de los hijos aportados por el cónyuge supérstite del causante², sobre los que éste último no ostenta la condición de padre/madre ni otra similar, pero que, a pesar de ello, según lo establecido en el art. 9.3 del Real Decreto 1647/1997, de 31 de octubre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de la Seguridad

¹ BLASCO LAHOZ, J.F., y LÓPEZ GANDÍA, J., *Curso de Seguridad Social*, Edición 11º, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 559.

² BLASCO LAHOZ, J.F y LÓPEZ GANDÍA, J., *op.cit.*, pág. 559.

Social (en adelante RD 1647/1997), serán beneficiarios de la pensión de orfandad siempre que concurren, junto con los requisitos generales, las siguientes condiciones:

- a) Que el matrimonio se hubiese celebrado con dos años de antelación a la fecha del fallecimiento del causante;
- b) Que se pruebe que convivían con el causante y a sus expensas; y
- c) Que no tengan derecho a otra pensión de la Seguridad Social, ni queden familiares con obligación y posibilidad de prestarles alimentos, según la legislación civil.

En consideración, la STS (Social) de 11 octubre 1986³ ha resuelto la solicitud de pensión de viudedad y orfandad presentada por la pareja que convivía maritalmente con el fallecido, no unida por vínculo matrimonial por no haberse podido celebrar el matrimonio, y madre de cuatro hijos que eran reconocidos públicamente como propios por el difunto. La Sala ha reconocido la pensión de orfandad a los hijos fundando su decisión en que se ha acreditado que el fallecido atendía a sus gastos de manutención, vestido y educación, entre otros, y establece textualmente que: “dadas las normas indicadas, interpretadas con la amplitud a que tienden tanto los principios que han de inspirar nuestro ordenamiento por mandato constitucional a la búsqueda de la justicia material, como el específico que rige en estos temas, *«in dubio pro beneficiario»*, no puede negarse a quienes, por una actuación continuada del causante poseían el estado matrimonial y de hijos suyos, siendo por él atendidos, esa prestación compensatoria de los medios que aquél aportaba en vida para su subsistencia”⁴. Con tal decisión, la jurisprudencia incluye como beneficiarios a los hijos del causante habidos fuera del matrimonio, cuando éste no se pudo celebrar y a pesar de no haber sido reconocidos oficialmente, si vivían a expensas del fallecido y notoriamente se consideraban como tales.⁵ Esto es posible debido a que el legislador avanza más allá del criterio biológico y reconoce mayor protección a la unidad de convivencia, ampliando así el objetivo inicial de la LGSS, atendiendo con base en la justicia social.

En este sentido, es relevante destacar cómo la jurisprudencia, teniendo un margen de maniobra muy estricto para completar lo que la LGSS expone, dentro de la particular rigidez de ella, ha logrado que se amplíen los sujetos beneficiarios de la pensión, permitiendo que ostenten la condición de beneficiarios los hijos que no poseen una filiación directa respecto al causante.

³ RJ 5441

⁴ STS (Social) de 11 octubre 1986 (cit.), f.d. 3º.

⁵ *Ibid.*

Tras analizar la evolución de la jurisprudencia y observar no solo que los criterios no atienden únicamente al hecho biológico, sino que se le reconoce la pensión a sujetos que no tienen establecida ninguna relación jurídica con el causante, es ocasión de resolver lo que en este trabajo concierne, que es concluir si, vistas las anteriores ampliaciones de los sujetos beneficiarios, los nacidos mediante TRHA también tienen derecho a la pensión de orfandad. Para ello, se deben diferenciar dos supuestos: en primer lugar, los nacidos mediante un proceso de fecundación asistida y, en segundo, los nacidos mediante maternidad subrogada.

El principal problema que se plantea es que la filiación derivada de estas técnicas no se encuentra regulada en el CC y, al igual que en los casos anteriores, los nacidos mediante estos métodos no figuran entre los beneficiarios “tradicionales” de la pensión.

Con respecto a los nacidos mediante fecundación asistida, cabe exponer que, la filiación, pese a no estar contemplada en el CC, se regula en la LTRHA art. 7.1 donde se dispone que seguirá lo establecido en las leyes civiles, con las especificaciones que se recojan en el propio cuerpo legal. Por lo que, determinada dicha relación jurídica e inscrito el nacido en el Registro Civil como hijo del causante, tendrá los mismos derechos de acceso a la pensión que los demás beneficiarios; con ciertas particularidades en el caso de los hijos póstumos:

- a) “Cuando en el momento del fallecimiento del marido su material reproductor estuviese en el útero de la mujer” (art. 9.1 LTRHA);
- b) “Cuando el marido hubiese autorizado mediante documento fehaciente, escritura pública, testamento o documento de instrucciones previas, que su material reproductor pudiera ser utilizado, en los 12 meses siguientes a su fallecimiento, para fecundar a su mujer” (art. 9.2 LTRHA);
- c) “Cuando el causante, no unido por vínculo matrimonial a la madre, hubiese autorizado el uso de su material reproductor en los términos indicados anteriormente” (art. 9.3 LTRHA).

Por otra parte, los hijos nacidos mediante maternidad subrogada también encuentran regulado su régimen de filiación en una norma distinta al CC. Pese a que el art. 10.1 de la LTRHA declara la nulidad de los contratos que convengan la gestación por sustitución, dicha relación jurídica se regula en la Instrucción de 5 de octubre de 2010, que permite la determinación de la filiación a favor de los padres comitentes y la inscripción en el Registro Civil del nacimiento en el extranjero de un menor mediante gestación por sustitución, habiéndose cumplido unos requisitos previos. Respetados los

términos recogidos en la Instrucción, la filiación se determinará, según el caso, por naturaleza o por adopción (véase el apartado 5.2) desplegando una serie de derechos y obligaciones, entre los que se sitúa el derecho de acceso a la pensión de orfandad.

Por lo tanto, visto que existe regulación sobre el régimen de la filiación para ambas técnicas, y vistos los demás supuestos incluidos como beneficiarios, primando siempre el interés superior del menor y la acción protectora de las prestaciones, los hijos nacidos mediante TRHA por asimilación deberán poder acceder a la pensión de orfandad.

Más aún, cuando el Tribunal Supremo en numerosas ocasiones ha reconocido prestaciones a sujetos que no figuraban en la ley como beneficiarios de la misma (véase apartado 7 del presente trabajo). Como es el caso del reconocimiento de la prestación de maternidad (ahora nacimiento y cuidado de menor) a los padres comitentes que han concertado un contrato de gestación por sustitución, basándose ante todo en la no discriminación por razón de nacimiento y en el interés superior del menor, no pudiendo dejar sin cobertura un hecho que ya ha desplegado efectos. Por lo que, la misma argumentación cabría aplicarse a los nacidos mediante estas técnicas que no figuran como beneficiarios pero que se encuentran en una situación de necesidad, teniendo derecho a que se les garantice idéntica protección que al resto de los hijos aquí expuestos.

El objetivo desde el Sistema de Seguridad Social, según se ha adelantado, es propiciarles a los huérfanos anteriormente indicados un medio de subsistencia en tanto en cuanto no sean capaces de obtenerlo por sí mismos o se verifique que nunca podrán hacerlo por su grado de discapacidad o de minusvalía. En consecuencia, el art. 224.2 LGSS introduce una edad límite para su percepción. Tal edad es la de menores de 21 años, si la orfandad fuese simple (sólo de un progenitor) y no se efectúe ningún trabajo lucrativo por cuenta ajena o propia o cuando realizándolo los ingresos obtenidos sean inferiores, en cómputo anual, a la cuantía anual vigente del salario mínimo interprofesional (en adelante SMI). Se elevará, a los 25 años cuando se esté cursando estudios, con una peculiaridad, ya que, si cumpliera esos años durante el transcurso del curso escolar, la percepción de la pensión de orfandad se mantendrá hasta el día primero del mes inmediatamente posterior al inicio del siguiente curso académico. No obstante, este límite de edad desaparece para los huérfanos incapacitados para el trabajo en un porcentaje equivalente al grado de incapacidad permanente, absoluta o gran invalidez. En lo que atañe a la orfandad absoluta (fallecimiento de los dos

progenitores), se precisa que el límite de edad será hasta los 25 años en los mismos términos reglamentarios que para la orfandad simple, así como para los huérfanos con discapacidad reconocida igual o superior al 33%.

El derecho a la pensión reconocida podrá suspenderse “en los supuestos de beneficiarios mayores de 21 años que realicen trabajos lucrativos conforme a las siguientes reglas (art. 9.2 RD 1647/1997):

- a) Cuando los beneficiarios concierten un contrato laboral en cualquiera de sus modalidades o efectúen un trabajo por cuenta propia que dé lugar a su inclusión en algún régimen de la Seguridad Social, siempre que los ingresos derivados de tales actividades superen, en cómputo anual, a la cuantía anual vigente del SMI. La suspensión surtirá efectos desde el día siguiente a aquel en que concurra la causa de suspensión.
- b) Cuando, con anterioridad al cumplimiento de los 21 años, se viniese percibiendo pensión de orfandad y el huérfano viniera realizando un trabajo por cuenta ajena o propia, cuando los ingresos superen el límite establecido en el apartado anterior; teniendo efectos la suspensión en la fecha del cumplimiento de los 21 años.”⁶

Por último, perderá la condición de huérfanos a efectos de percepción de la correspondiente pensión, “quien fuera condenado por sentencia firme por la comisión de un delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas, cuando la víctima fuera el sujeto causante de la prestación” (art. 231.1 LGSS).

V. Reconocimiento de la filiación mediante técnicas de reproducción humana asistida

La utilización de las TRHA ha trastocado de raíz el orden jurídico familiar preestablecido y los conceptos tradicionales de paternidad y maternidad. En lo relativo al Derecho de Familia, supone una variación y evolución de los principios de orden público, surgiendo una nueva concepción y base sociológica sobre la que han de aplicarse las normas, que evolucionan en menor grado de lo que lo hace la realidad social.⁷

⁶ BLASCO LAHOZ, J.F y LÓPEZ GANDÍA, J., *Curso de Seguridad Social*, cit., pág. 557.

⁷ LLEDÓ YAGÜE, F., “La Ley sobre las técnicas de reproducción humana asistida”, *Escritura pública*, núm. 35, 2005, pág. 1242.

Concretamente, en materia de filiación, las TRHA han generado lo que se conoce como “revolución reproductiva”, que desborda las estructuras jurídicas existentes debido a la ampliación de los tipos de familia. Estas técnicas “permiten ser padres a quienes no podían serlo; habilitan paternidades y/o maternidades tales como la maternidad de mujeres estériles, la paternidad de hombres estériles, la maternidad sin paternidad, la paternidad sin maternidad, la paternidad y/o maternidad de ambos miembros de una pareja homosexual, e incluso posibilitan la maternidad de mujeres a edades muy avanzadas”.⁸

En este sentido, con la utilización de dichas técnicas, al no producirse la acción de cohabitación con fines procreativos, los conceptos tradicionales de paternidad y maternidad no sirven, en tanto en cuanto la figura de padre no coincide con la de progenitor (a excepción del caso en el que el padre comitente aporte material biológico) por lo que la determinación de la filiación no es posible mediante el principio rector *patres ii sunt quos sanguis demonstrant*. Lo que consecuentemente obliga a reformular la relación jurídica familiar, donde el vínculo de filiación no deriva necesariamente de los lazos sanguíneos o genéticos.⁹

El régimen de la filiación se regula fundamentalmente en el Título V del libro I del CC, al cual se remite el art. 7.1 de la LTRHA, a cuyo tenor: “la filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos” y, “en ningún caso, la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación”. Al tiempo, en el citado art. 7 LTRHA, pero en su apartado tercero, junto con el art. 44.5 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, se dispone en pro de la mujer que estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, para que consienta, de ser ésta su voluntad, la determinación de la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge.

Para entender qué efectos tiene la filiación en estos casos, interesa diferenciar dos supuestos. El primero hace referencia a que la inseminación y/o fecundación se lleve a cabo con el material biológico del cónyuge o pareja de la mujer, lo que se conoce como fecundación “homóloga”. Y el segundo alude al supuesto en cuya fecundación ha

⁸ LAMM, E., “La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”, *Revista de Biotécnica y Derecho*, 2012, núm. 24, pág. 78.

⁹ LLEDÓ YAGÜE, F., *op.cit.*, pág.1243.

intervenido material genético de personas distintas a la pareja comitente, es decir, material procedente de donantes.

En la fecundación homóloga, acontece que los roles de padre y progenitor no se separan, corresponden al mismo sujeto, aunque no haya cohabitación. Por lo que si la pareja está casada el hijo será matrimonial (art. 116 CC). En cambio, si se tratase de una pareja no casada, la LTRHA establece que el padre o la pareja de la mujer debe de dar su consentimiento por escrito de manera libre, consciente y expresa, con base en el art. 6 LTRHA. Dicho consentimiento se plasmará indefectiblemente en documento público, toda vez que el art. 8 de la misma Ley considera al “documento extendido ante el centro o establecimiento autorizado, en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución de donante, prestado por varón no casado, con anterioridad a la utilización de las técnicas” como “escrito indubitado a los efectos previstos en el artículo 49 de la Ley de Registro Civil”. Ello no perjudicará, como es lógico, la acción de reclamación de la paternidad. En consecuencia, la filiación no matrimonial se inscribirá previo expediente gubernativo aprobado por el Juez de Primera Instancia.¹⁰

A diferencia de lo anterior, en la fecundación con material genético de donantes, los roles de padre y progenitor se separan. No obstante, a efectos de la filiación el que haya mediado un donante no es relevante, pues las donaciones son anónimas, se garantiza la confidencialidad de los datos de los donantes (art. 5 LTRHA) y, si se revelasen, no habría alteración legal de la filiación (art. 8.3 LTRHA), por lo que carecen de acción para reclamarla. Esto es así porque el legislador ha querido preservar el interés del menor y su derecho a disfrutar de una filiación reforzada por quienes han asumido voluntariamente el papel de padres, sin que con posterioridad el donante pueda reclamarla o los usuarios de las técnicas impugnarla¹¹. Por consiguiente, la filiación se determina en los mismos términos que en la fecundación homóloga con la especialidad contenida en el art. 8.1 de la LTRHA, según la que “ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación”. Es decir, que cuando la reproducción asistida se haya llevado a cabo con intervención de donante, sea de óvulo o de espermatozoide, y los usuarios estuvieran casados, se presume, *iuris*

¹⁰ *Ibid.*, pág. 1248.

¹¹ LLEDÓ YAGÜE, F., “La Ley sobre las técnicas de reproducción humana asistida”, cit., pág. 1244.

et iure su maternidad y/o paternidad, privando a los cónyuges de la posibilidad de impugnarla.

VI. Gestación por sustitución

1) Concepto

La gestación por sustitución es una TRHA llevada a cabo mediante un contrato, con o sin precio, por medio del cual una persona, denominada gestante, lleva adelante un embarazo a partir de la transferencia de un embrión conformado con el material genético de sus futuros progenitores (comitentes) y/o de terceras personas (donantes de gametos) o, en ocasiones, aportando su propio material genético inseminado por los gametos del padre comitente o de un donante. Renunciando la misma (y en su caso, su cónyuge) antes o después del parto a la maternidad del niño/s que dé a luz a favor de los comitentes.¹²

En un gran número de países esta práctica o está prohibida o se declara la nulidad de los contratos que tengan por objeto su ejercicio, como es el caso de España, que regula la maternidad subrogada en la LTRHA. Concretamente, el art. 10.1 del anterior cuerpo legal establece que: “será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”.

Sin embargo, aunque en nuestro país la doctrina mayoritaria entiende que existe una prohibición radical de esta figura, la LTRHA es una norma de naturaleza meramente obligacional que, como se ha expuesto, simplemente declara la nulidad de estos contratos¹³. Por lo que el ordenamiento español no sanciona plenamente la participación o la intermediación en un supuesto de gestación por sustitución, lo que conlleva a que, desplegados los efectos de dicho contrato en España, se les deba dar cabida en nuestro ordenamiento jurídico.

¹² DITIERI, M., CORTESE, G.B. Y GONZÁLEZ DEMARÍA, Y. G., “Cuando la realidad supera la norma: gestación por sustitución y filiación post mortem. Los efectos de su omisión”, *Derecho y Ciencias Sociales*, 2018, n° 18, págs. 62-81. Consúltese en: <https://revistas.unlp.edu.ar/dcs/article/view/5248>

¹³ HEREDIA CERVANTES, I., “La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 66, núm. 2, 2013, pág. 689.

2) Filiación del menor nacido en el extranjero

Puesto que en España este tipo de contrato es nulo, las personas que desean concertarlo se desplazan a otros países donde esta práctica es legal con el objetivo de, llegado a término, volver a España con el nacido e inscribirlo en el Registro Civil como su hijo.

Los conflictos que, del ejercicio de la anterior técnica, se plantearon fueron los siguientes: por una parte, la no consideración del procedimiento de gestación por sustitución equiparable a nuestro ordenamiento jurídico, lo cual impediría la inscripción del nacido en el Registro Civil Español. Y, por otra, la determinación de la filiación del menor, ya que el art. 10.2 LTRHA recoge que: “la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”, entendiéndose en este precepto que, en un primer momento, tendría que constar en el Registro Civil la madre gestante y su cónyuge o pareja, y no los padres comitentes; con la salvedad de que el padre biológico (si el comitente ha aportado material genético) pueda ejercer la acción de reclamación de la paternidad (art. 10.3 LTRHA).

Con el objetivo de esclarecer la problemática que gira entorno a este método, resulta necesario conocer, antes de nada, qué se entiende por filiación. Ésta se define como el vínculo que une al hijo con sus progenitores. En un primer momento, antes que una relación jurídica, es un hecho biológico que consiste en que una persona ha sido engendrada por otra¹⁴. Pero no siempre actúan los criterios biológicos ya que, como relación entre padres e hijos, la filiación puede estar basada en otros hechos, como es el caso de la adopción, surtiendo los mismos efectos que la filiación por naturaleza (art. 108 CC). Tal relación jurídica produce efectos desde que tiene lugar (art. 112 CC) y “se acredita por la inscripción en el Registro Civil, mediante documento o sentencia que la determina legalmente, por la presunción de paternidad matrimonial y, a falta de los medios anteriores, por la posesión de estado” (art. 113 CC), generando así un conjunto de derechos y obligaciones entre los progenitores y sus hijos.

Los principales problemas jurídicos que se desprenden de la filiación se centran en el modo de su establecimiento o fijación, es decir, en la determinación en cada caso de quién es el padre o la madre y quién es hijo¹⁵. Este problema se acentúa en el caso

¹⁴ GULLÓN BALLESTEROS, A., y DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Sistema de Derecho Civil*, Vol. IV, Tomo I, Derecho de Familia, TECNOS, Madrid, 2018, pág. 233.

¹⁵ *Ibid.*

actual al no estar contemplada la filiación mediante TRHA en el régimen establecido en el CC, que como se ha adelantado, solo la reconoce por naturaleza o por adopción. Sin embargo, la diferencia entre estas formas de filiación se ha ido disipando como consecuencia de la utilización de las mencionadas técnicas, al darse la posibilidad de constar como progenitores por naturaleza los que a ciencia cierta no son los biológicos.¹⁶

Sobre el establecimiento de la filiación en el caso de la maternidad subrogada, la Instrucción de 5 de octubre de 2010, ha regulado un “régimen registral” para los nacidos mediante este método en el extranjero, y ha abierto la posibilidad de que figuren en el Registro Civil como progenitores naturales personas que no han aportado material biológico y/o que ambas sean del mismo sexo.

El objetivo de la mencionada instrucción se centra en establecer los criterios que determinan el acceso al Registro Civil español de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución, cuando uno de los dos progenitores sea de nacionalidad española. Con la finalidad de dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor, así como los de la madre gestante.

Para salvaguardar dicha protección, la instrucción hace hincapié en que, en ningún caso, tal inscripción puede dotar de apariencia de legalidad supuestos de tráfico internacional de menores y que, por otra parte, no se haya vulnerado el derecho del menor a conocer su origen biológico. Por todo ello, para garantizar dichos intereses, la DGRN dispone como requisito previo para la inscripción que se presente, ante el Encargado del Registro Civil Consular, una resolución judicial dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido; permitiendo ésta comprobar la plena capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante y la eficacia legal del consentimiento prestado. Así mismo, la presente instrucción aclara que “el hecho de que se haya solicitado tal requisito judicial tiene su fundamento en la previsión contenida en el artículo 10.3 de la LTRHA, a través de la remisión a las reglas generales sobre determinación de la filiación, exige el ejercicio de acciones procesales y la consecuente resolución judicial para la determinación de la filiación paterna de los menores nacidos como consecuencia de gestación por sustitución.”¹⁷

¹⁶ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. (coordinador), *Manual de Derecho Civil, Derecho de Familia*, Edición 5ª, Bercal, Madrid, 2018, pág. 215.

¹⁷ Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010 (BOE de 7 octubre).

En definitiva, las directrices que establece la Instrucción para la calificación por los encargados del Registro Civil de las solicitudes de inscripción son las siguientes: en primer lugar, como se ha expuesto, solo podrá realizarse la inscripción del menor si se ha presentado, junto a la solicitud de inscripción, la resolución judicial dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido. En segundo término, debe someterse la resolución judicial extranjera al procedimiento de exequátur, contemplado en la LEC, salvo que resulte aplicable un Convenio internacional. Debiendo presentarse ante el Registro Civil español la solicitud de la inscripción y el auto judicial que ponga fin al mencionado procedimiento. No obstante, no será necesario el requisito del exequátur cuando la resolución judicial extranjera tenga origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, en este caso, como requisito previo a su inscripción, se controlará incidentalmente si tal resolución judicial puede ser reconocida en España. En dicho control se deberá constatar:

- a) La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera;
- b) Que el Tribunal de origen basase su competencia en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española;
- c) Que no se vulnerase el interés superior del menor ni los derechos de la madre gestante, verificando que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria; y
- d) Que la resolución judicial sea firme y los consentimientos prestados irrevocables.

Y, en tercer lugar, no se admitirá como título apto para la inscripción y filiación del menor una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada del certificado médico de nacimiento del menor en el que no conste la identidad de la madre gestante.

El precedente "régimen registral" ha servido de base para que la DGRN estimase en la Resolución de 23 de septiembre de 2011, el recurso interpuesto por una pareja homosexual contra el Encargado del Registro Civil Consular en Los Ángeles ante la negativa de inscribir en el Registro Civil Español a la menor nacida mediante técnicas de reproducción asistida. Los hechos concurren de la siguiente forma: los comitentes, ambos varones de nacionalidad española y habiendo aportado material biológico, presentaron escrito en el Consulado de España en Los Ángeles solicitando la inscripción del nacimiento de la menor nacida en Estados Unidos, adjuntando con la solicitud una Sentencia firme de la Corte Superior del Estado de California, Condado de San Diego, en la cual se establece la filiación a favor de los recurrentes y se excluye a la madre gestante. El Encargado del Registro Civil Consular denegó lo solicitado en base a que la filiación paterna no había quedado establecida conforme a las normas del Derecho Español, alegando que el procedimiento de gestación por sustitución no es equiparable

a alguno de los contemplados en el ordenamiento jurídico español. Consecuentemente, contra la anterior resolución, los comitentes interpusieron recurso ante la DGRN.

A la vista de lo sucedido, el Centro Directivo, efectuó en la resolución una necesaria aclaración, expresando lo siguiente: “lo que se pretende es dar eficacia en España a una inscripción extranjera que tiene su origen y fundamento en una previa decisión judicial, en virtud de la cual se constituye una relación de filiación a favor de dos nacionales españoles y se excluye la de la madre gestante, lo que supone de facto que es tal decisión judicial la que realmente está llamada a desplegar efectos en España”¹⁸. Ello supone que no se persigue la obtención de una tutela declarativa por la cual deba recurrirse a la normativa conflictual a fin de identificar un ordenamiento nacional aplicable. Sino que, lo que se pretende del Encargado del Registro Consular es que inscriba una relación de filiación previamente declarada por una autoridad judicial extranjera, es decir, una tutela por reconocimiento de las autoridades españolas.¹⁹ Por lo tanto, la inscripción en el Registro Civil Español del nacido por TRHA en el extranjero no es un procedimiento contrario a nuestro ordenamiento jurídico.

Seguidamente, en la fundamentación de la resolución se verifica el cumplimiento de las condiciones establecidas en Instrucción de 5 de octubre de 2010, las cuales se acreditan, desde luego, al haber aportado los comitentes sentencia firme de la Corte Superior del Estado de California, Condado de San Diego, en la que se declaraban extintos los derechos de la madre gestante y de su eventual pareja y se atribuía la paternidad a los padres comitentes, es decir, el establecimiento de la filiación de la nacida por el procedimiento de gestación por sustitución a favor de éstos. Dicha decisión judicial es la que ordena la expedición del certificado de nacimiento, en el que ya no consta la madre gestante, y la que impone que en el acta de nacimiento del hospital no se haga mención alguna a la misma y sí a los padres comitentes. Al tener su origen, tal resolución extranjera, en un procedimiento equiparable a uno español de jurisdicción voluntaria, no ha resultado necesario instar el procedimiento de exequátur.

Evidentemente, concurrirá también la condición de que el órgano jurisdiccional californiano haya basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española. De ser así, el Encargado del Registro únicamente tendría que verificar la existencia en el presente supuesto de una

¹⁸ Resolución Dirección General de los Registros y el Notariado 5/2011, de 23 septiembre (JUR 2012\168314).

¹⁹ HEREDIA CERVANTES, I., “La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación ...”, cit., pág. 694.

proximidad razonable con los tribunales californianos, hecho que se confirma por el nacimiento de la menor y la residencia de la madre gestante en California.

Empero, no cabe olvidar que se debe garantizar en el reconocimiento de la resolución judicial californiana el pleno respeto al interés superior de la menor. Quedando acreditado mediante la ruptura absoluta del vínculo de ésta con la madre gestante, quien en adelante no ostentará la patria potestad, garantizándole el derecho a disponer de una filiación única, y válida para todos los países. Igual debe ocurrir con los derechos de la madre gestante. En este caso, su consentimiento libre y voluntario quedó suficientemente acreditado en la declaración suscrita por ella misma en la que se recoge “que los solicitantes sean los únicos progenitores legales del hijo o hijos gestados y alumbrados por mí como resultado de la transmisión del embrión sin que posea yo derecho alguno de custodia ni de maternidad”.

Por consiguiente, cumplidos todos los requisitos exigidos, la DGRN procedió a estimar el recurso de los padres comitentes, y a permitir la inscripción de la menor en el Registro Civil Español como hija de éstos.

Dicho régimen registral, recogido en la citada Instrucción, no solo se aplica al caso expuesto, sino que también sirve de aplicación a los distintos supuestos de hecho que se desencadenan de la práctica de esta técnica, con sus respectivas particularidades. Así las cosas, se pueden dar las siguientes situaciones:

- a) Pareja heterosexual en la que ambos, uno o ninguno haya aportado material genético, necesitando el vientre de una tercera persona (madre gestante) que será fecundada *in vitro*.
- b) Pareja homosexual en la que uno o ninguno de ellos haya aportado su material reproductivo, precisando la gestación por sustitución para el nacimiento del hijo.

Debiéndose apuntar que, una vez manifestada la renuncia de la madre gestante a favor de la filiación, la determinación de dicha relación jurídica en cada caso dependerá del género y el aporte o no de material biológico por parte de los comitentes. Así, como ya se ha subrayado, una pareja heterosexual puede concertar un contrato de gestación por sustitución en el extranjero, donde ambos aporten material biológico y que, llegado a término, quiera inscribir al nacido en el Registro Civil Español como su hijo. Verificado por el Encargado del Registro Civil Consular que la solicitud cumple los requisitos, la filiación para ambos padres será determinada de la siguiente manera:

Por una parte, la filiación paterna será establecida por la presunción de paternidad matrimonial, en el caso de que ambos estuviesen casados, según los dispuesto en el art. 113 CC, quedando determinada legalmente mediante la inscripción del nacimiento, junto con la del matrimonio de los padres, o por sentencia firme (art. 115 CC). En el caso de que no estuvieran casados, el art. 120 CC dispone que “la filiación será determinada legalmente:

- a) En el momento de la inscripción del nacimiento, por la declaración conforme realizada por el padre en el correspondiente formulario oficial a que se refiere la legislación del Registro Civil;
- b) Por el reconocimiento ante el Encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento publico;
- c) Por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil;
- d) O por sentencia firme.”

Por lo tanto, la filiación paterna será determinada con arreglo a lo establecido en las leyes civiles.

Sin embargo, el establecimiento de la filiación materna resulta más complejo ya que, tal y como indica el art. 10.2 de la LTRHA, ésta se determina mediante el parto, acto que no lleva a cabo la madre comitente, es decir, la que solicita la filiación, sino la madre gestante. Por lo tanto, aunque la madre de deseo aporte su material biológico y la gestante renuncie a la filiación, la relación jurídica no podrá determinarse por naturaleza a favor de la primera, que a su vez es la biológica, sino que solo podrá ser determinada por adopción. Generando una situación de desigualdad con respecto al padre biológico, siendo un hecho relevante ya que, aunque el nacido sea fruto de su material genético, la madre únicamente tiene la opción de adoptar, cuando al padre le ampara la Ley en la posibilidad de reclamar la paternidad (art.10.3 LTRHA).

En contraposición, lo que puede suceder es que, dado el mismo supuesto (pareja heterosexual), el padre comitente no aporte material biológico, habiéndolo aportado o no la madre de deseo, en cuyo caso la filiación sería para ambos por adopción ya que, con cierta lógica, no hay previsión para este caso en la LTRHA porque, principalmente, trata de la manipulación del material biológico para el logro de la paternidad masculina. Razón por la cual, el caso sería propio de una adopción, puesto que en esta institución lo común es convertir en hijo a una persona que no tiene material genético de los adoptantes; excepción hecha del caso en que la mujer haya aportado material biológico, aunque esta precisión no es relevante ya que la LTRHA sólo da opción de filiación en favor del progenitor varón. Luego, esto se regula en el CC, Título VII, Capítulo V, Sección

2º “de la adopción” arts. 175-180. La principal consecuencia de la determinación de la filiación sería que la pensión de orfandad, si se causa, será a favor del menor adoptado.

En efecto, una pareja homosexual también puede concertar un contrato de gestación por sustitución en el extranjero, en los mismos términos que en los demás supuestos. Para conocer cómo se determina la filiación en estos casos, debe diferenciarse entre pareja homosexual compuesta por varones o por mujeres. Para la primera, el régimen de la filiación se determinará de igual forma que como se ha expresado *supra* para el caso de la pareja heterosexual: para el padre que haya aportado material biológico la relación jurídica será establecida con arreglo a las leyes civiles anteriormente expuestas y por la previsión contenida en el art. 10.3 de la LTRHA, para el otro padre, que no ha aportado material, la filiación será por adopción, siguiendo lo dispuesto en el CC. Finalmente, si ningún padre comitente realiza aporte de material biológico tal vínculo se establecerá para ambos por adopción.

Sin embargo, la determinación de la filiación en la pareja compuesta por dos mujeres no sigue los mismos términos. Si ninguna aporta material biológico, con independencia de que estén casadas o no, la filiación, lógicamente, será determinada para ambas por adopción. Ahora bien, la diferencia se encuentra en el caso de que una de ellas aporte material genético, ya que, siguiendo lo dispuesto en el art. 10.2 LTRHA, la filiación será determinada por adopción (igual que para la mujer que no aporta material en la pareja heterosexual), con lo cual, la situación de discriminación frente a la posibilidad de reclamar la filiación por parte del padre biológico (art. 10.3 LTRHA) persiste también en este caso. Sobre esto último, es oportuno destacar que la LTRHA alberga la doble maternidad por naturaleza, pero solo para el caso de que la mujer que se somete a las TRHA esté casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer (art. 7.3 LTRHA), la cuestión que se plantea es si el contenido de dicho art. se podría aplicar a la maternidad de dos mujeres fruto de un contrato de gestación por sustitución, puesto que, a diferencia de la fecundación asistida, la maternidad subrogada no es una práctica legal en nuestro país, por lo tanto, no está claro que por analogía se pueda asimilar el contenido de dicho precepto. Habría que valorar si la ilegalidad de esta práctica es determinante para denegar el reconocimiento de la doble filiación por naturaleza. Cabe apuntar que, de ser posible la aplicación de este precepto, generaría una situación de discriminación, en primer lugar, con respecto a la pareja homosexual compuesta por dos varones, en la cual el que no aporta material debe adoptar al nacido y, en segundo lugar, en relación con la madre comitente en el caso de la pareja heterosexual que, habiendo aportado material reproductor, tendrá que adoptar a su hijo.

Por otra parte, de no ser reconocida la doble filiación materna por naturaleza, en vez de recurrir a la adopción, podría considerarse el ejercicio la acción de reclamación de la filiación por posesión de estado, siendo otra forma de adquirir dicha relación jurídica, que se define como la apariencia de ser titular o tener un estado civil determinado, en este caso, en tener la apariencia de ser hijo de alguien sin serlo biológicamente. Una vez reconocida judicialmente el hijo goza de todas las ventajas y deberes que de ella se derivan, equiparándose los derechos a los del hijo biológico; inclusive los sucesorios.

Sobre la anterior posibilidad, resulta interesante comentar la STS (civil) de 15 enero 2013²⁰ que, aunque el caso que se suscita es sobre fecundación asistida, la cuestión a resolver es la posibilidad de determinar judicialmente la filiación extramatrimonial por la vía de la posesión de estado de una mujer homosexual, tras la ruptura de su relación de pareja con otra mujer, en relación con el niño nacido durante dicha relación mediante la TRHA. Los hechos probados que figuran son los siguientes: En primer lugar, la actora, mujer homosexual, interpuso demanda contra su expareja, madre biológica del hijo en común nacido mediante reproducción asistida, en la que solicita que se le reconozca la condición de madre extramatrimonial por posesión de estado y, por lo tanto, la inscripción en el Registro Civil como tal. Seguidamente, el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Talavera de la Reina, estimó la demanda en la sentencia de 23 abril 2010, basándose en el art. 131 del CC, al considerar acreditada la posesión de estado: “atiende al nombre compuesto del menor, en el que se incorpora como nombre el apellido de la reclamante; al tratamiento del menor como hijo, tanto por la reclamante como por su ámbito familiar; a la continuidad en este tratamiento con el ejercicio de acciones para mantener las relaciones materno-filiales con el menor; y a las testificales que hablaron de un «proyecto en común»”. Apoyando, a mayores, la decisión en el art. 7.3 de la LTRHA que permite la determinación de la filiación a favor de dos mujeres. Por todo ello, le reconoció a la demandante la condición de madre extramatrimonial por posesión de estado, pudiendo constar el menor en el Registro Civil como hijo de ésta. En consecuencia, la demandada interpuso recurso de apelación contra la anterior resolución, resultando estimado por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Toledo, que dictó sentencia con fecha 17 de enero de 2012, en la que se desestimó la demandada sobre acción de determinación legal de filiación matrimonial del menor, argumentando que: la filiación solo puede tener lugar por naturaleza o adopción (108 CC) y que la acción ejercitada no era la contemplada en el art. 7.3 de la

²⁰ RJ 1265

LTRHA, que no permite el carácter retroactivo al estar principalmente pensada para parejas casadas estables, tratándose este caso de una pareja no unida por vínculo matrimonial y separada. Finalmente, no consideró acreditada la posesión de estado “por el poco tiempo de estabilidad de la pareja desde el nacimiento del menor (3 años), aunque la demandante actuara como madre”.

Vista la decisión de la Audiencia provincial, la demandante interpuso recurso de casación, resuelto en la presente sentencia, alegando que el hecho de que el art. 7.3 de la LTRHA establezca como requisito, para que se le reconozca la filiación por naturaleza a dos mujeres, que éstas estén casadas antes del nacimiento del menor, produce una discriminación entre los hijos nacidos mediante TRHA fruto de una relación de hecho, frente a los hijos nacidos dentro del matrimonio. Siendo necesario destacar que, sobre la aplicación de este art., la sentencia de 12 de mayo de 2011, que resuelve el recurso número 1334/2008 relacionado con este caso, y que atribuye a la recurrente un régimen de relaciones personales como "allegada" con el menor, señaló que la filiación no pudo ser determinada según lo dispuesto en el art. 7.3 de la LTRHA debido a que la posibilidad que en él se contempla no era aplicable al caso, puesto que ambas convivientes no estaban casadas.

La fundamentación que la sala ha valorado para dar respuesta al recurso planteado es la siguiente:

- a) Ha evidenciado la existencia de una razón de compatibilidad entre la figura de la posesión de estado (art. 131 CC) y la normativa de TRHA, al incorporar esta última una remisión a las leyes civiles. Esta compatibilidad se funda en los principios constitucionales de igualdad de los hijos o de no discriminación por razón de filiación o nacimiento (arts. 14 y 39.2 CE), de protección de la familia de los hijos y de las madres con independencia de su estado civil (art. 39 CE), así como del interés superior del menor.
- b) Destaca que, el hecho de que la madre biológica consintiera poner como segundo nombre del niño el primer apellido de su pareja (la demandante) refuerza “la posesión de estado de la mujer homosexual tanto en el plano de su función legitimadora del ejercicio de la acción, como en su faceta de medio de prueba de la filiación reclamada”²¹.
- c) Ha quedado probado el propósito común de ambas mujeres de recurrir a la TRHA, reforzado por el consentimiento que la demandante prestó en su

²¹ STS (Civil) de 15 enero 2013 (cit.), f.d. 2º.

momento. Sumando a esto, la existencia de una posterior unidad familiar entre las dos convivientes y el hijo.

- d) Efectúa, finalmente, una remisión a la sentencia de 23 abril 2010, mencionada anteriormente, en la que se estima la demanda por verificarse que se cumplen todos los requisitos para que conste la posesión de estado: *nomen, tractus* y *fama*.

Por todo ello, se ha estimado el recurso y reconocido a la demandante la filiación materna extramatrimonial por posesión de estado.

La anterior decisión podría suponer una vía alternativa para la determinación de la filiación materna respecto a la madre comitente que no aporte material genético, siempre que se cumplan todos los requisitos para el reconocimiento por esta vía: *nomen* (que el hijo lleve el apellido de la progenitora), *tractus* (que el trato entre ambos sea el correspondiente a la relación paterno filial) y *fama* (que esta relación sea pública, conocida por el círculo social donde se mueven ambos)²².

Cabe destacar que, para que la filiación por posesión de estado cause pensión, deberá figurar el nacido en el Registro Civil como hijo de la madre a la que se le atribuye la relación jurídica por esta vía.

Finalmente, la conclusión a la que es fácil llegar es que, permitida la inscripción en el Registro Civil de los niños nacidos mediante maternidad subrogada, debiendo determinarse la filiación, dependiendo del caso, por naturaleza o por adopción, pese a quedar constatado que el régimen de dicha relación jurídica para estos casos debiera ser distinto, por qué no se regula esta nueva forma de filiación y así ofrecer mayores facilidades a los padres comitentes y una mayor protección y seguridad jurídica tanto para éstos, como para los hijos. Mas aún cuando, como se ha visto, la aplicación de la LTRHA no garantiza un trato equitativo en relación con la paternidad y maternidad, permitiendo la reclamación de la filiación respecto del padre biológico (art. 10.3) pero manteniendo el aforismo de *mater sempre certa est*, descartando la posibilidad de que la madre pueda no ser la biológica²³.

²² BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. (coordinador), *op.cit.*, pág. 232.

²³ NICOLÁS TORÁN, A., *La gestación por sustitución en España: estudio doctrinal y reciente jurisprudencia*, Universidad de Barcelona, 2015, pág. 33.

3) *Premoriencia de los teóricos progenitores*

En el apartado anterior se han expuesto los supuestos de hecho que se derivan de la práctica de la maternidad subrogada, subrayando en cada uno de ellos cómo se determina la filiación. Compete, ahora, aludir a la protección del menor en caso de premoriencia del solicitante de la relación filial. Caben posiblemente dos opciones. La primera se refiere a que el solicitante premuerto hubiese donado material biológico para la fecundación del menor y la fecha de su fallecimiento fuese anterior a la constitución de la filiación hecha de conformidad con el art. 10.3 LTRHA. Verificado que tal menor era hijo efectivo del fallecido, el ordenamiento jurídico español obligaría a instituir una tutela conforme a los arts. 172 y siguientes del CC que regulan la guarda y acogimiento de menores. En caso de que el fallecido estuviese casado, el CC establece en el art. 116 que: “se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges”, siendo una de las causas de disolución del matrimonio el fallecimiento de uno de los cónyuges (art. 80 CC) por lo que, la madre superviviente, como representante legal del hijo menor de edad, y con legitimación para reclamar la paternidad del hijo (art. 765.1 LEC)²⁴, podrá interponer dicha acción para que se determine la filiación paterna. Hecho que dará lugar al reconocimiento de la pensión de orfandad, entendiéndose causada, cuando el beneficiario sea hijo póstumo, en la fecha de su nacimiento (art. 3 O. M de 13 de febrero de 1997).

La segunda opción trata de que el solicitante premuerto no hubiese donado material biológico para la fecundación del menor, de modo que no encajaría el supuesto de hecho con el previsto en el art. 10.3 LTRHA, razón por la cual no habría cauce jurídico para el reconocimiento de la pensión de orfandad, pues se carecería también de cauce para el reconocimiento de la correspondiente filiación. Sin embargo, como en el caso anterior, se podría aplicar la presunción de paternidad “*pater vero is est quem nuptiae demonstrant*” si el fallecido estuviese unido por vínculo matrimonial, en base al art. 116 del CC arriba referenciado.

Por consiguiente, en los supuestos en que el padre de deseo, por no aportar material biológico, o la madre comitente, por no ser quien da a luz (pese a haber aportado o no material genético), deban adoptar al hijo para determinar la filiación, si uno de ellos o ambos hubiere fallecido antes de verificarse la adopción, la relación

²⁴ BEXOWITZ (Coord.), *Manual...*, cit., pág. 236.

jurídica no quedaría establecida, ya que ésta produce efectos desde que se ha dictado resolución judicial. Ciertamente lo dispone el régimen de la adopción, regulado en el Título VII, Capítulo V, Sección 2º del CC, donde el art. 176 establece “la adopción se constituirá por resolución judicial, que tendrá en cuenta siempre el interés del adoptando y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad” y el art. 177 aclara que “habrán de consentir la adopción, en presencia del Juez, el adoptante o adoptantes y el adoptando mayor de doce años”. Por lo que, la no verificación de la adopción supone la ausencia de los derechos y obligaciones que de la filiación se derivan, inclusive el acceso a la pensión de orfandad por parte del huérfano.

No obstante, el CC contempla en el art.176.4, que “cuando concurra alguna de las circunstancias 1º, 2º o 3º previstas en el apartado 2 (ser huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad; ser hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal; y llevar más de un año en guarda con fines de adopción o haber estado bajo tutela del adoptante por el mismo tiempo, respectivamente) podrá constituirse la adopción, aunque el adoptante hubiere fallecido, si éste hubiese prestado ya ante el Juez su consentimiento o el mismo hubiera sido otorgado mediante documento público o en testamento. Los efectos de la resolución judicial en este caso se retrotraerán a la fecha de prestación de tal consentimiento”.

En la misma situación se encuentran las personas que han acogido. Puesto que, si alguno de los padres de acogida muere antes de verificarse la adopción, el huérfano no tendrá derecho a la pensión de orfandad a favor del fallecido.

Un posible medio de determinación de la filiación a favor del difunto progenitor es que éste mismo hubiese contemplado en su testamento una cláusula moral mediante la cual dejase constancia de su voluntad de reconocer al hijo, nacido tras su muerte, como suyo. El reconocimiento testamentario se regula en el art. 120.1. 2º del CC donde se informa de que la filiación no matrimonial quedará determinada legalmente “por el reconocimiento ante el Encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público”.

El testamento es un acto *mortis causa* cuyos efectos quedan rezagados para el momento del fallecimiento del otorgante, teniendo todas las cláusulas eficacia *post mortem*. En cambio, “la Real Orden de 5 de mayo de 1917 admitió la eficacia inmediata del reconocimiento testamentario y el art. 254 del Reglamento Notarial ordena a los

Notarios la expedición de testimonio de reconocimiento de los hijos no matrimoniales para su anotación en el Registro Civil”²⁵. Una vez inscrito el hijo en el Registro Civil, la filiación por esta vía le otorgará el derecho de acceso a la prestación de orfandad.

VII. Filiación póstuma

1) Alcance de la filiación póstuma

Como bien se ha definido con anterioridad, la filiación es el vínculo que une al hijo con sus progenitores, habiéndose estudiado *supra* los efectos que dicha relación jurídica entraña con respecto a los nacidos mediante TRHA si, en la fecha de concepción del hijo, ambos progenitores estuvieran vivos. Sin embargo, se puede dar el caso de que el hijo se conciba con posterioridad a la muerte de su progenitor y, de ahí, la necesidad de abordar los efectos que se despliegan en la filiación póstuma.

Sobre ésta, el CC establece en su art. 116 que “se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges”. Haciendo referencia este precepto a los hijos concebidos dentro del matrimonio, lo cual solo resulta de aplicación cuando, fallecido el progenitor, la mujer hubiere iniciado su gestación. Pero ello no puede ser trasladado al supuesto de la fecundación *post mortem*; el hijo no es que nazca después de la disolución del matrimonio, sino que, fallecido el progenitor (hecho que disuelve el vínculo matrimonial), no estaba concebido.

Por tanto, si en el momento del óbito del progenitor existía ya un *nasciturus*, rige sin duda el art. 116 del CC. En cambio, si en ese momento, no se hubiese producido la concepción, como es el caso que aquí atañe, sería necesario la remisión a la LTRHA a fin de comprobar cómo se regula la filiación del menor fecundado *post mortem* mediante TRHA.

2) El menor póstumo nacido por técnicas de reproducción humana asistida

Entre los aspectos que aborda la LTRHA, se encuentra la permisibilidad de la fecundación *post mortem*, esto es, la posibilidad de que la mujer se haga fecundar con el material reproductor de su cónyuge o pareja después del *exitus* de éste, cuya obvia

²⁵ GULLÓN, A., y DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Sistema de Derecho Civil*, cit., pág. 249.

consecuencia es el nacimiento póstumo del menor, debiendo determinarse su filiación con respecto al progenitor fallecido.

Esta situación se regula en el art. 9 de la mencionada Ley, que prescribe que “no podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido cuando el material reproductor de este no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón”. Entonces, en la fecha del hecho causante el hijo debe estar concebido y, así, juega la presunción de paternidad.

Sin embargo, cabe la posibilidad de que la filiación se determine si el marido ha prestado su consentimiento mediante documento, antes de la utilización de las técnicas, de suerte su material reproductor podrá fecundar a la mujer en los 12 meses siguientes a su fallecimiento. Dicho consentimiento se presume otorgado siempre que el cónyuge superviviente se hubiese sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado con anterioridad al fallecimiento del marido (art. 9.2 LTRHA). Cabe destacar que se despliegan los mismos efectos en el caso de que el varón no estuviese unido por vínculo matrimonial.

Por lo tanto, si en el momento de la muerte del progenitor no se produjere la concepción, pero los cónyuges decidieren en escritura pública o testamento consentir la fecundación *post mortem*, la presunción de paternidad operará en cuanto se produzca la concepción dentro del indicado plazo de 12 meses siguientes. Pudiendo disfrutar el hijo de los derechos inherentes a la filiación con respeto a su progenitor, sobre la base de una presunción de paternidad que no admite prueba en contrario debido al aporte de material reproductor.

Así pues, la LTRHA resuelve la cuestión de la filiación póstuma declarando la condición de hijo matrimonial o extramatrimonial, con todos los efectos y beneficios que se despliegan, cuando la fecundación *post mortem* se hubiese llevado a cabo dentro de los 12 meses siguientes al fallecimiento, y hubiese mediado consentimiento.

Con todo, se podría admitir que la inseminación se produjese en el año posterior siguiente al fallecimiento del padre biológico. Hecho que en España no produciría, en principio, efectos jurídicos, ya que, como se ha tenido ocasión de ver, la LTRHA solo recoge dicha posibilidad dentro de los 12 meses posteriores a aquel fallecimiento. De

modo que, de llevarse a cabo tal fecundación, la filiación sería solo materna, careciendo el menor de los derechos inherentes a la filiación paterna.

Si, visto que en España no es posible, la mujer se hiciera inseminar transcurrido el año desde el fallecimiento del padre biológico en el extranjero, la filiación del nacido con respecto a este último habría que someterla a valoración, ya que en España esta posibilidad no se encuentra regulada. En un primer momento, no sería posible establecer la filiación del menor con respecto al progenitor fallecido ya que el nacimiento de éste se habría producido pasado el límite temporal establecido en la ley. Empero, de llevarse cabo, resulta necesario suplir esta laguna legal, pudiendo servir como vía de asimilación la maternidad subrogada en el extranjero. Así las cosas, por razones de justicia equitativa y de protección del interés del menor debieran ser de aplicación las razones jurídicas que llevan al reconocimiento de la progenitura en la gestación por subrogación. Sobre todo, cuando el fallecido hubiera estado en ese país sometido a las técnicas; puesto que existiría una mayor coherencia que facilitaría la filiación.

Es oportuno destacar que, en el caso de que la mujer estuviese embarazada en el momento del fallecimiento del progenitor, que no es el padre biológico, es decir, que se le haya inseminado con gametos donados por otro varón, sería de aplicación el art. 116 CC "se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges". Por lo que, en base a la presunción de paternidad que recoge dicho precepto, se determinará la filiación paterna. Además, también resultaría aplicable el art. 965 del CC que preserva los derechos del *conceptururs* hasta el momento del nacimiento; misma solución que si el *concepturus* fuese hijo biológico del padre fallecido.

Una vez comprobada la determinación de la filiación *post mortem*, resulta necesario conocer qué efectos genera con respecto al derecho a la pensión de orfandad, ya que no son los mimos que se desprenden de la filiación tradicionalmente establecida. El principal problema estriba en lo dispuesto en el art. 21.2 de la O.M de 13 de febrero de 1967, donde se expone que el beneficiario debe reunir los requisitos en la fecha del hecho causante, y no posteriormente. La aplicación de este precepto a la filiación póstuma deja sin posibilidad de acceso a la prestación de orfandad a los nacidos, ya que éstos no reúnen los requisitos en la fecha del fallecimiento del progenitor, puesto que nacen con posterioridad al óbito.

Finalmente, resulta interesante comentar la cuestión que plantea GÁMIZ SANFELIU²⁶, en relación con las parejas homosexuales y la fecundación *post mortem*, ya que concibe la hipótesis de que la cónyuge superviviente pueda utilizar los ovocitos de la pareja fallecida para que, tras la fecundación con donante de espermatozoides, le sea transferido el embrión, en base al precepto que recoge el art. 7.3 de la LTRHA.

VIII. Conflicto de competencia jurisdiccional funcional entre el orden civil y el orden social

Los conflictos de competencia son aquellos que se producen entre órganos jurisdiccionales de distintos órdenes; mientras que la competencia puede definirse como el conjunto de procesos en que un órgano jurisdiccional puede ejercer, conforme a la ley, su jurisdicción. Así lo confirma el art. 9.1 LOPJ, a cuyo tenor: “los Juzgados y Tribunales ejercerán su jurisdicción exclusivamente en aquellos casos en que les venga atribuida por esta u otra Ley”.

El conflicto de competencia funcional que aquí se plantea se produce entre el orden civil y el orden social. El art. 9 LOPJ, en su apartado 5, dispone que los “juzgados y tribunales del orden jurisdiccional social conocerán de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del derecho, tanto en conflictos individuales como colectivos, así como las reclamaciones en materia de Seguridad Social o contra el Estado cuando le atribuya responsabilidad la legislación laboral”; mientras que en su apartado segundo afirma que “los Tribunales y Juzgados del orden civil conocerán, además de las materias que les son propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional”. Más concretamente, la LEC, se remite en su art. 45 a la citada LOPJ y destina en el Título I “de los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores” del Libro IV, “De los procesos especiales” los arts. 748 y siguientes el conocimiento de los procesos relativos a filiación, paternidad y maternidad. Todo lo cual es consecuente con el art. 2.o) de la LRJS, que asume la resolución de las reclamaciones “en materia de prestaciones de Seguridad Social”, entre las que se encuentre, obviamente, las referidas a la concesión, disfrute, suspensión y extinción de la pensión de orfandad.

²⁶ Cfr. “Reflexiones sobre la fecundación post mortem: cuestiones interpretativas del artículo 9 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida”, *Actualidad Civil*, núm.10, 2009, pág. 1175.

Sabidas las competencias de ambos órdenes jurisdiccionales en lo que aquí interesa, el problema deriva de si el orden Social puede reconocer una pensión de orfandad en según que casos dudosos, como los de los menores nacidos por gestación subrogada, dado que en otras ocasiones y alegando razones de justicia y equidad sí lo ha hecho con la en su momento denominada prestación por maternidad (en la actualidad, prestación por nacimiento y cuidado de menor) a unas personas que no figuran expresamente como beneficiarios de la prestación, al haber ostentado la condición de progenitores en virtud justamente de un contrato de gestación por sustitución.

En las sentencias donde el orden social se ha pronunciado sobre dicha cuestión, se elude a la jurisdicción civil en numerosas ocasiones ya que es quien regula la filiación de los nacidos, materia controvertida en el caso de la maternidad subrogada. En todas ellas la cuestión a resolver consiste en determinar si tiene derecho a la prestación de maternidad un trabajador/a que figura como progenitor registral de un niño nacido de una madre biológica que renunció a la filiación materna mediante un contrato de gestación por sustitución.

El punto de partida para resolver dicha cuestión radica en establecer si la filiación determinada en el extranjero e inscrita en un Registro Consular español constituye una situación protegida a efectos del acceso a la prestación por maternidad de la Seguridad Social. En particular respecto del trabajador/a que ha acudido a esa práctica y aparece como único progenitor/a legal del neonato. En resumen, el problema estriba en una cuestión primeramente civil relativa a la filiación; y en otra social, sobre la protección que tal filiación se deriva a través, por ejemplo, de la prestación por nacimiento y cuidado de menor.

La STS (Social) de 25 octubre 2016²⁷ ha reconocido al trabajador que figuraba como único progenitor registral, siendo el padre biológico, mediante contrato de gestación por sustitución, la prestación de maternidad, desestimando, con ello, el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (en adelante INSS) contra la STSJ de Cataluña de 15 septiembre 2015²⁸, que le había concedido la prestación al trabajador.

²⁷ RJ 6167

²⁸ AS 2019

Interesa reparar en los hechos probados, en donde se constata que las hijas del trabajador nacieron en Nueva Delhi mediante la TRHA, contando con material genético del progenitor y con los óvulos de una donante que gestó por subrogación en favor de este. Ambos pactaron que él ejerciese exclusivamente todas las funciones y obligaciones que se derivan de la patria potestad, quedando asimismo a cargo del cuidado exclusivo de las nacidas, a cambio de la renuncia de la madre gestante a toda acción y derecho sobre ellas. En el Registro Civil del Consulado de España en Nueva Delhi, figuran inscritas y consta como único progenitor el demandante de instancia. Como lógica consecuencia, solicitó al INSS la prestación de maternidad que le fue denegada por no encontrarse en ninguno de los supuestos protegidos en el art. 133 bis de la LGSS de 1994 (actualmente art. 177 LGSS).

Ante la resolución desestimatoria, el demandante interpuso recurso de suplicación, que le fue estimado por la STSJ Cataluña de 15 septiembre 2015²⁹, en donde se le reconoció el derecho a la prestación bajo el argumento de que la inscripción en el Registro Civil de la filiación de las menores nacidas por TRHA constituye una situación análoga a la adopción o al acogimiento, de modo que procedía el reconocimiento del derecho a la prestación de maternidad, y que ese reconocimiento interesaba cualquiera que fuese el sexo del solicitante. Recalcaba que la legislación española es más favorable que la de la Unión Europea, y que hay disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más beneficiosas que el contenido de la Directiva 92/85 /CEE del Consejo de 19 de octubre de 1992, que alega el INSS que se ha infringido. Por otra parte, consideraba que la LTRHA no era de aplicación al no regular la prestación por maternidad por lo que no puede condicionar lo dispuesto en ella la decisión sobre esta cuestión. Destacaba que “cuando una norma colisiona con el principio o cláusula general del interés superior del menor y con el de igualdad con independencia del nacimiento, su aplicación (e incluso su neutralización) debe realizarse conforme a las exigencias derivadas de un principio general prioritario, el del interés superior del menor”³⁰. Y finalmente, aludía al art. 2 del Real Decreto 295/2009 de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural (en adelante RD 295/2009) que equiparaba diversas instituciones jurídicas a las figuras de adopción y acogimiento preadoptivo.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ STS (Social) de 25 octubre 2016 (cit.), f.d. 2º

Contra dicha resolución la representación del INSS formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la STSJ País Vasco de 13 mayo 2014³¹. En esta, no se reconoció la prestación de maternidad solicitada por la madre comitente de dos niños nacidos mediante gestación por sustitución en el condado de San Diego (Estados Unidos), cuando ella era la única progenitora legal de los niños, a la que se le atribuía la custodia legal y física. El motivo de la desestimación por parte del INSS fue que la legislación española no contempla la maternidad subrogada como una situación protegida, además de prohibirla. A mayores alegaba la infracción de la Directiva 92/85 /CEE del Consejo de 19 de octubre de 1992, así como el art. 133 bis LGSS (actual art. 177) y del art. 48.4 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET) en relación con el art. 10 de la LTRHA.

Como se puede apreciar, existe un importante conflicto de concurrencia de normas de diferentes partes del ordenamiento jurídico, a parte de sentencias de órganos jurisdiccionales variopintos.

Existiendo, pues, sentencias contradictorias, la resolución del recurso de casación para la unificación de doctrina contenido en la citada STS (Social) de 25 de octubre 2016 arguyó lo que se describe a continuación:

En primer lugar, tras acudir a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aunque no sea relevante para el caso en cuestión, destacó que en ella se proclama la primacía del interés superior del menor conforme a lo dispuesto en el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales que regula el derecho al respeto a la vida privada y familiar.

Rechazó, en segundo término, que la pretensión de acceder a las prestaciones de maternidad, cuando ha mediado filiación por contrato, se ampare en el Derecho de la Unión Europea, sea de modo directo, sea buscando su interpretación a la luz de alguna Convención de Naciones Unidas. Pero, al tiempo, advertía que, siendo evidente que el Derecho de la Unión Europea no brinda una respuesta positiva al problema en cuestión, tampoco la excluye.

En tercer lugar, aludió a la figura de la maternidad subrogada en nuestro ordenamiento jurídico. En el Derecho Civil Común y en el art. 96.2 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, se concluye que la inscripción de las resoluciones judiciales extranjeras se podrá instar o previa superación del trámite del exequátur o ante el Encargado del Registro Civil. Dejando ver que dicha inscripción no resulta

³¹ AS 1228

incompatible con el orden público español. Por otro lado, es importante el art. 113 del CC donde se establece de qué forma se determina la filiación. Y, por último, la LTRHA art. 10 que regula la gestación por sustitución declarando nulo el contrato por el que se convenga tal práctica. Por contraposición, las normas sociales aplicables al caso eran desde luego, la LGSS de 1994 en cuyo art. 113 (actualmente art. 177 LGSS) se declara: “a efectos de la prestación por maternidad prevista en esta Sección, se consideran situaciones protegidas la maternidad, la adopción y el acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple de conformidad con el Código Civil o 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 períodos 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 el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo , y en el artículo 30.3 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto , de Medidas para la reforma de la función pública”. Por lo que las situaciones protegidas son tres: la maternidad, la adopción y el acogimiento; no apareciendo contemplada de forma expresa la maternidad subrogada. También conviene al argumento del Tribunal Supremo, el Real Decreto 295/2009 cuando establece en su art. 2.2 que “se consideran jurídicamente equiparables a la adopción y al acogimiento preadoptivo, permanente o simple, aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y el acogimiento preadoptivo, permanente o simple, cuya duración no sea inferior a un año, cualquiera que sea su denominación”. En fin, en cuanto a las resoluciones e instrucciones administrativas, se hace referencia a la ya analizada Instrucción de 5 de octubre de 2010 que regula el régimen registral de los nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada.

Vistos los argumentos expuestos por el INSS para denegar la prestación y analizadas las normas más significativas aplicables al caso, la sala concluyó que:

Con respecto al art. 10 de la LTRHA, “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”³². De modo que, habiendo dicho contrato desplegado efectos, es preciso dar respuesta a la situación generada, debiendo preservarse el interés superior de las menores. Además, carece de sentido invocar a la presente ley, pues no es una norma reguladora de la prestación,

³² STS (Social) de 25 octubre 2016 (cit.), f.d 9º

sino que regula cuestiones ajenas a la petición de prestación económica de la Seguridad social.

Queda claro que la prestación por maternidad es rechazada por el único motivo de estar sobrevenida de una maternidad subrogada, ya que, si en las mismas condiciones este contrato no se hubiera realizado, o se hubiera ocultado, la prestación sí sería reconocida.

La denegación por estos motivos genera una situación de discriminación ya que los menores de padres subrogados son objeto de un trato peyorativo que es asimismo incompatible con el art. 14 de la Constitución Española (en adelante CE): “los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento (...)”; y el art. 39 CE: “se debe procurar la protección social de la familia, la protección integral de los hijos y velar por los derechos de los niños”. Sin olvidar el art. 8 Convenio Europeo de Derechos Humanos que aboga por preservar el derecho del menor a disfrutar plenamente de su vida familiar y privada.

Por lo tanto, aunque la actual regulación legal (LGSS) y reglamentaria (RD 295/2009) omite la contemplación de estos supuestos, la sala considera que la ley no es tan estricta como para impedir su interpretación en el sentido más favorable a fin de garantizar la protección al menor, con independencia de su filiación, y a la conciliación de vida familiar y laboral. Además, no se debe olvidar que el art. 2.2 del RD 295/2009 “permite cierta flexibilidad interpretativa que antes no existía ya que podría pensarse que la posición de los progenitores en los casos de maternidad subrogada es similar a la que, también como progenitores, ocupan aquellos que se hallan en supuestos de adopción o acogimiento”.

Resulta necesario destacar que la finalidad de la prestación de maternidad está relacionada no solo con el descanso obligatorio y voluntario por el hecho del parto, sino también con la atención o cuidado del menor, por eso las prestaciones de esta especie se dispensan también en supuestos donde no hay alumbramiento (adopción, acogimiento, etc.).

Por consiguiente, el Tribunal ha fallado desestimando el recurso interpuesto por el INSS y reconociendo la prestación de maternidad al trabajador padre biológico y único progenitor registral de las menores nacidas por maternidad subrogada en el extranjero. Basando especialmente su criterio en proteger el interés superior de estas, que están verdaderamente integradas en el núcleo familiar del padre subrogado, por lo que se les

debe reconocer sus derechos concediendo la prestación, con la finalidad de garantizar su cuidado.

La decisión del Tribunal Supremo, así como de resoluciones³³ posteriores también analizadas, que se han pronunciado en el mismo sentido ante casos de gran similitud, han sentado doctrina en sentido favorable al reconocimiento del derecho a la prestación de maternidad en supuestos de gestación por sustitución tanto si el solicitante es el progenitor biológico como si no.

Vista la respuesta del Tribunal Supremo a la solicitud de la prestación de maternidad, cabe esperar que, por analogía, también se le conceda la prestación de orfandad a los hijos nacidos por maternidad subrogada, que es lo que aquí interesa, aunque la filiación por estos métodos no esté reconocida en el CC, basando su criterio, como en el anterior caso, en la protección del interés superior del menor. Bien es cierto que es preciso apuntar que, en base al anterior argumento, dicha protección solo resultaría aplicable a los huérfanos menores de edad, que son los afectados por la gestación subrogada.

Finalmente, no debe olvidarse que el conflicto entre órdenes jurisdiccionales es evidente. Tal y como se indica al principio de este epígrafe, la ley es clara, por lo que, siguiendo la jurisprudencia, se produce una invasión indirecta de la competencia de la jurisdicción civil por parte del orden social, al conceder éste una prestación de maternidad a quienes no figuran como progenitores en virtud del CC, no ostentando tampoco la condición de beneficiarios según lo dispuesto en la LGSS. Surgiendo así la necesidad de que el Pleno del Tribunal Supremo se reúna con el fin de dar solución al conflicto planteado, ya que solo puede ser resuelto por ese cauce.

³³ STS (social) de 30 noviembre 2016 (RJ 6514); 22 noviembre y 14 diciembre 2017 (RJ 5401 y 6015, respectivamente); y 22 marzo 2018 (RJ 1414); y STSJ Madrid de 26 enero 2018 (AS 884).

IX. Conclusiones

Primera. – Pese a, en un primer momento, no estar incluidos, en la LGSS y la normativa de desarrollo, como beneficiarios de la pensión de orfandad los nacidos mediante TRHA, ha sido posible su equiparación a tal condición gracias al criterio jurisprudencial, que ha ampliado la lista de sujetos con derecho a la prestación atendiendo con base en la justicia social.

Segunda. – El régimen de filiación de la fecundación asistida se encuentra regulado en la LTRHA, concretamente, en su art. 7.1 que establece seguirá lo dispuesto en las leyes civiles, con las especialidades contenidas para cada caso. Por lo tanto, ha de aplicarse lo establecido en las normas civiles a los diferentes métodos de reproducción asistida: fecundación homóloga y fecundación en que intervenga un donante; no siendo en ambas igual la determinación de dicha relación jurídica.

Tercera. – La inscripción, en el Registro Civil Español, de los nacidos mediante maternidad subrogada en el extranjero como hijos de los padres comitentes, es posible aunque el art. 10.1 de la LTRHA declare la nulidad de éstos contratos, por mor de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 que estableció un régimen registral para estos casos, indicando como requisito indispensable para la inscripción que se presente una resolución judicial extranjera dictada por el órgano jurisdiccional competente en la que se determine la filiación del nacido.

Cuarta. – La premoriencia de los teóricos progenitores sin haberse determinado la filiación supone que, el huérfano, nacido mediante TRHA, carezca de relación jurídica con respecto al causante y, consecuentemente, de derecho a la pensión de orfandad. Sin embargo, podría reclamarse la determinación de la filiación en una serie de casos, entre los que se encuentra el reconocimiento testamentario.

Quinta. – La filiación póstuma se regula en el art. 106 del CC, sin embargo, este precepto solo es aplicable si en el momento de la muerte del progenitor ya existe un *nasciturus*. Lo que ocurre en la fecundación *post mortem*, es que en la fecha del óbito no se ha producido la concepción, por lo tanto, no será de aplicación lo establecido en el CC, sino que habrá que acudir a la LTRHA.

Sexta. – Sobre lo anterior, la fecundación *post mortem*, regulada en el art. 9 de la LTRHA, posibilita que la mujer se haga fecundar con el material reproductor de cónyuge o pareja con posterioridad a la muerte de éste. No obstante, la filiación del menor con respecto al progenitor fallecido solo será posible cuando dicha fecundación se hubiese llevado a cabo dentro de los 12 meses siguientes al óbito y hubiera mediado consentimiento previo por parte de este último.

Séptima. – La jurisprudencia emanada de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo han sentado doctrina reconociendo el derecho a la prestación de maternidad a los padres comitentes en supuestos de gestación por sustitución. Lo que genera un conflicto de competencia entre el orden jurisdiccional civil y el orden social al pronunciarse este último en materia de filiación. Surgiendo la necesidad de que el Pleno del Tribunal Supremo se reúna con el fin de resolverlo.

X. Bibliografía

- BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. (coordinador), *Manual de Derecho Civil, Derecho de Familia*, Edición 5ª, Bercal, Madrid, 2018, págs. 215-250.
- BLASCO LAHOZ, J.F Y LÓPEZ GANDÍA, J., *Curso de Seguridad Social*, Edición 11º, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 557-559.
- DITIERI, M., CORTESE, G.B. Y GONZÁLEZ DEMARÍA, Y. G., “Cuando la realidad supera la norma: gestación por sustitución y filiación post mortem. Los efectos de su omisión”, *Derecho y Ciencias Sociales*, núm. 18, 2018, págs. 62-81. Consúltese en: <https://revistas.unlp.edu.ar/dcs/article/view/5248>
- GÁMIZ SANFELIU, M., “Reflexiones sobre la fecundación post mortem: cuestiones interpretativas del artículo 9 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida”, *Actualidad Civil*, núm.10, 2009, pág. 1175.
- GULLÓN BALLESTEROS, A. Y DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Sistema de Derecho Civil*, Vol. IV, Tomo I, Derecho de Familia, TECNOS, Madrid, 2018, págs. 233-268.
- HEREDIA CERVANTES, I., “La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 66, núm. 2, 2013, págs. 693-695.
- LAMM, E., “La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”, *Revista de Biotécnica y Derecho*, núm. 24, 2012, pág. 78.
- LLEDÓ YAGÜE, F., “La Ley sobre las técnicas de reproducción humana asistida”, *Escritura pública*, núm. 35, 2005, págs. 1241-1263.
- NICOLÁS TORÁN, A., *La gestación por sustitución en España estudio doctrinal y reciente jurisprudencia*, Universidad de Barcelona, 2015, págs. 7-63.

XI. Doctrina Judicial

Tribunal Supremo

- STS (Social) de 11 octubre 1986 (RJ 5441)
- STS (civil) de 15 enero 2013 (RJ\2014\1265)
- STS (Social) de 25 octubre 2016 (RJ 6167)
- STS (social) de 30 noviembre 2016 (RJ 6514)
- STS (social) 22 noviembre 2017 (RJ 5401)
- STS (social) 14 diciembre 2017 (RJ 6015)
- STS (social) 22 marzo 2018 (RJ 1414)

Tribunales Superiores de Justicia

- STSJ País Vasco de 13 mayo 2014 (AS 1228)
- STSJ Cataluña de 15 septiembre 2015 (AS 2019)
- STSJ Madrid de 26 enero 2018 (AS 884)