



## GESTACIÓN SUBROGADA Y REGISTRO CIVIL: LA RECIENTE SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO\*

*Isabel Eugenia Lázaro González*  
*Profesora Propia Ordinaria*  
*Universidad Pontificia Comillas-ICADE*

*Fecha de publicación: 15 de octubre de 2024*

**Resumen:** La Sala Primera del Tribunal Supremo ha dictado una sentencia el 17 de septiembre de 2024 sobre la modificación en el Registro Civil del lugar de nacimiento del nacido por gestación subrogada a solicitud de los padres comitentes. En este texto se contextualiza la decisión entre los casos abordado hasta ahora por el Tribunal y se valora a la luz del interés superior del niño.

Hace quince días la Sala Primera (de lo Civil) del Tribunal Supremo ha dictado una nueva sentencia sobre una cuestión vinculada a la gestación subrogada<sup>1</sup>. No es la primera decisión del Alto Tribunal sobre las distintas vertientes de los conflictos generados en torno a la cuestión.

En la Sentencia de 6 de febrero de 2014, el Tribunal responde a un recurso por vulneración del principio de igualdad, en relación con el derecho a la identidad única de unos menores y a su interés superior (STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014). La cuestión llevada ante el Tribunal es la denegación de la inscripción del nacimiento de unos niños en el Registro Civil Consular por reconocimiento de los certificados de nacimiento expedidos por la autoridad registral de California en los que se establecía la filiación a favor de los padres comitentes, dos varones españoles casados entre sí en 2005, que habían tenido dos hijos, nacidos en dicho estado norteamericano el 24 de octubre de 2008 mediante “gestación por sustitución”. El recurso es denegado por considerarse incompatible con el orden público español el reconocimiento de la decisión registral extranjera en lo que respecta a la filiación que en ella se determina. A esta sentencia siguieron dos Autos del Tribunal sobre el mismo caso. El primero resuelve un incidente de nulidad de actuaciones en el que el Pleno del Tribunal Supremo reafirma su posición (ATS de 2 de febrero de 2015),

---

\* Esta publicación es parte del proyecto de I+D+i “El derecho al respeto a la vida familiar transfronteriza en una Europa compleja: cuestiones abiertas y problemas de la práctica” - PID2020-113061GB-I00, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033.



y el segundo es un Auto aclaratorio que viene a subsanar un error material del anterior (AATS de 11 de marzo de 2015). A diferencia de lo que ocurrió en la respuesta a los siguientes casos, en este no hubo unanimidad del Pleno del Tribunal Supremo y cuatro Magistrados presentaron un voto particular a la sentencia y mantuvieron su discrepancia en los autos.

En 2022 llega un nuevo asunto al Tribunal: Sentencia de la Sala de lo Civil (Pleno) de 31 de marzo de 2022 (STS 277/2022). Se trata esta vez de una acción para la determinación legal de la filiación por posesión de estado en el caso de una mujer que había celebrado un contrato de gestación subrogada por el que había nacido un niño en México. Tras señalar el Alto Tribunal que los contratos de gestación por sustitución como el del caso entrañan una explotación de la mujer y un daño a los intereses superiores del menor inaceptables estima el recurso del Ministerio Fiscal que se oponía a esta vía de determinación de la filiación, aunque indica que “cuando quien solicita el reconocimiento de la relación de filiación es la madre comitente, la vía por la que debe obtenerse la determinación de la filiación es la de la adopción”.

También en la Sentencia de 16 de mayo de 2023 (STS 754/2023) se intenta la determinación legal de la filiación por posesión de estado, pero las circunstancias del caso son diferentes. Mientras la filiación del niño nacido en México no presentaba oposición familiar, en este otro caso la cuestión tiene como marco un grave conflicto de pareja entre dos varones, cada uno padre de dos hijos biológicos nacidos por gestación subrogada. Lo que se pretende es la determinación de la filiación de cada uno de los menores respecto de quien ni es su padre biológico ni tampoco encargó la gestación. El Tribunal considera que ni una anterior convivencia establecida voluntariamente y amparada por acuerdos entre las partes ni la invocación genérica e interesada del interés superior de los niños justifican el establecimiento de unas paternidades que carecen de cobertura legal.

En el caso que se acaba de resolver por sentencia de 17 de septiembre de 2024 (STS 1141/2024), los padres comitentes de un niño nacido mediante gestación subrogada habían solicitado que fuera modificada la mención del lugar de nacimiento del niño con el fin de que constara su domicilio y no el lugar donde la madre gestante había dado a luz. Aunque el encargado del Registro accedió al traslado de la inscripción del nacimiento del Registro Civil Consular al Registro Civil Central, denegó la modificación de la mención de nacimiento al entender que esta facultad de alterar la fe pública registral constituye una excepción que puede aplicarse exclusivamente a los supuestos de adopción internacional.

Como se viene resolviendo en el sistema jurídico español, la filiación en los casos de gestación subrogada determina como filiación natural respecto del varón que hizo aportación genética. Para el cónyuge o la pareja unida al progenitor por análoga relación



de afectividad a la conyugal se abre entonces la posibilidad de la adopción sin que sea necesaria propuesta previa de la Entidad Pública a favor del adoptante o adoptantes que dicha Entidad Pública haya declarado idóneos para el ejercicio de la patria potestad. De esta manera, pese a la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución que proclama el artículo 10 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo), en interés del niño, la filiación respecto de los padres comitentes o padres de intención queda determinada.

El tema en este caso no era la determinación de la filiación, fuera filiación natural o adoptiva, sino la modificación de los datos del lugar del nacimiento en el Registro Civil. Se pretende por los comitentes la aplicación analógica del artículo 20 de la Ley del Registro Civil, que permite, en la adopción internacional, a petición de los padres o de las personas adoptantes, el traslado de la inscripción de nacimiento del nacido y solicitar, además, que en la nueva inscripción conste el domicilio en España como lugar de nacimiento del adoptado. La redacción del artículo data de 2005 (Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio), reforma que se acompaña en esa misma fecha de un nuevo texto para los artículos 77, 191 y 307 del Reglamento del Registro Civil (por Real Decreto 820/2005, de 8 de julio). Ya en 2004, la Dirección General de los Registros y del Notariado dictó una Instrucción (Instrucción de 1 de julio de 2004, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por la que se modifica la regla primera de la Instrucción de 15 de febrero de 1999, sobre constancia registral de la adopción) que introducía, en aras a la protección de la intimidad personal y familiar, la limitación de la publicidad -y su sujeción a autorización especial- del lugar de nacimiento del adoptado permitiendo a los adoptantes solicitar que no conste en la inscripción de la adopción el lugar real del nacimiento del adoptado y que en sustitución conste el correspondiente domicilio del adoptante o los adoptantes.

Tras la denegación de la pretensión en instancia y apelación, son dos los motivos que basan el recurso de casación: la infracción del artículo 4.1 del Código Civil (“Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón”) en relación con el artículo 20 de la Ley del Registro Civil, ya mencionado, y la infracción de normas sustantivas por vulneración del derecho del menor a la intimidad personal y familiar y el libre desarrollo de su personalidad.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por los padres de intención -el padre biológico y la madre adoptante- considerando que la aplicación analógica procede por existir una laguna legal al haberse regulado solo la posibilidad de modificación de la mención registral del lugar de nacimiento cuando el niño ha nacido en



un país remoto -lo que revela el carácter adoptivo de la filiación y de las circunstancias de origen del menor- en el caso de la adopción internacional y no en el caso de la adopción nacional en la que concurren las mismas circunstancias. La razón que lleva a no hacer público el lugar de nacimiento del menor es la misma en el caso de la adopción internacional que en el caso de la adopción nacional en la que se ha determinado la filiación biológica del padre y la posterior adopción del niño por su cónyuge: se trata de “impedir que el carácter adoptivo de la filiación y las circunstancias relativas al origen del menor sean públicos”. Esta aplicación analógica entiende el Tribunal que permite la efectividad del derecho a la intimidad personal y familiar del menor, impide la discriminación por razón de nacimiento y se ajusta al deber de los poderes públicos de proteger a los hijos, iguales ante la ley con independencia de la filiación.

La Ley del Registro Civil actualmente en vigor, Ley 20/2011, de 21 de julio, no ha entrado en vigor de forma completa hasta el 31 de abril de 2021. No obstante, los procedimientos y expedientes iniciados con anterioridad a su entrada en vigor les sigue siendo de aplicación la Ley de 8 de junio de 1957, que es la que se aplica en este caso. La nueva Ley, que ha sufrido prórrogas sucesivas durante 10 años, no contempla la posibilidad de que los adoptantes en la adopción internacional puedan solicitar el cambio del lugar de nacimiento del adoptado bajo el pretexto de proteger su intimidad. No es de esperar que el Tribunal este llamado a la aplicación analógica de este precepto del artículo 20 en muchas ocasiones.

La compatibilidad de esa norma -el artículo 20.1 de la Ley de 1957- con la Convención de los Derechos del Niño es dudosa. De los artículos 7 y 8 de la Convención así parece derivarse. De forma coherente con la Convención, el Código Civil establece a este respecto que “Las Entidades Públicas asegurarán la conservación de la información de que dispongan relativa a los orígenes del menor, en particular la información respecto a la identidad de sus progenitores, así como la historia médica del menor y de su familia, y se conservarán durante al menos cincuenta años con posterioridad al momento en que la adopción se haya hecho definitiva. La conservación se llevará a cabo a los solos efectos de que la persona adoptada pueda ejercitar el derecho al que se refiere el apartado siguiente” (artículo 180.5). Y añade que “Las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de edad a través de sus representantes legales, tendrán derecho a conocer los datos sobre sus orígenes biológicos. Las Entidades Públicas, previa notificación a las personas afectadas, prestarán a través de sus servicios especializados el asesoramiento y la ayuda que precisen para hacer efectivo este derecho. A estos efectos, cualquier entidad privada o pública tendrá obligación de facilitar a las Entidades Públicas y al Ministerio Fiscal, cuando les sean requeridos, los informes y antecedentes necesarios sobre el menor y su familia de origen” (artículo 180.6).



Pese a la progresiva importancia que ha ido cobrando el derecho a conocer los orígenes, entendiéndolo que es parte del derecho a la identidad, nuestro sistema jurídico hace aguas en algunos aspectos. No entro a valorar cómo es tratado el derecho en la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida porque no es ese nuestro tema hoy. Sin embargo, el tratamiento registral de la adopción, como vemos en el artículo 20, deja una laguna. Los legitimados, según la norma, para solicitar el traslado y cambio del lugar de nacimiento son los adoptantes, no el titular del derecho a conocer sus orígenes. Si el acceso restringido a la información sobre el lugar de nacimiento protege la intimidad del adoptado, no alcanzo a comprender en qué beneficia el interés superior del niño llegar más allá la respuesta jurídica cambiando en la inscripción el lugar en el caso de los niños adoptados internacionalmente. En la ponderación de intereses a la que llama el artículo 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, “conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, de forma que la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara”, se ha colocado el interés de los adoptantes en la protección de su intimidad sobre el interés superior del niño que se concreta en una protección razonable de su intimidad respetando su derecho a conocer los orígenes. Sobre el derecho a conocer los orígenes y los obstáculos que dificultan el acceso a la información por los adoptados se ha pronunciado en varias ocasiones Gómez Bengoechea señalando esta regulación registral (“El conocimiento de los orígenes en la adopción”, 2006, y “El derecho a la identidad filial o biológica en el ordenamiento jurídico español”, 2007).

No obstante, como ya he indicado el Tribunal Supremo, haciendo uso de la analogía, entiende que el padre biológico y la madre de intención o comitente, que ha adoptado aquí en España al hijo de su cónyuge, pueden hacer uso de la posibilidad que ofrece el artículo 20.1 de la Ley del Registro Civil y solicitar además del traslado de Registro, que en la nueva inscripción conste su domicilio como lugar de nacimiento del hijo. No creo que el recurso a la analogía se fundamente en el interés superior del niño y me resulta más sencillo descubrir el interés de estos padres detrás de esta presunta protección de la intimidad personal y familiar del niño y del libre desarrollo de su personalidad.

Lo que deja la sentencia en claro nuevamente es el camino que deben seguir los padres comitentes para que la filiación que pretenden gracias al contrato de gestación subrogada se ajuste a Derecho. En su sentencia el Tribunal señala que “la filiación del menor no ha sido fijada con base en el contrato de gestación subrogada... En el presente caso, la filiación paterna se basa en el vínculo biológico existente entre el menor y su padre y la filiación materna deriva de la adopción. Se trata, pues, de modos de determinación de la filiación paterna y materna permitidos en nuestro ordenamiento jurídico y que respetan la dignidad del menor”. Se resume bien en este párrafo la vía que queda abierta en el Derecho español para ajustar a la legalidad el resultado de la gestación subrogada, una



vía que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos presentó como respetuosa con los derechos del niño en el Dictamen que le solicitó el Tribunal de Casación Francés (Dictamen de 10 de abril de 2019).

No debería el legislador español dejar pasar más tiempo para abordar de forma coherente las cuestiones jurídicas que se plantean como consecuencia de los contratos de gestación subrogada. Mientras no se alcance un marco normativo internacional (como el que podría resultar de la actividad normativa de la Conferencia de La Haya), no puede el legislador estatal mirar hacia otro lado. La vida no se detiene por no mirar de frente y el sol no puede taparse con un dedo.