



LA FILIACIÓN CON BASE EN UN CONTRATO DE GESTACIÓN SUBROGADA ES CONTRARIA AL ORDEN PÚBLICO ESPAÑOL *

*A propósito de la STS (Sala de lo Civil, Pleno) núm. 277/2022 de 31 de marzo
(JUR 2022\119236)*

Helena Palomino Moraleda
*Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha*

Fecha de publicación: 3 de mayo de 2022

1. Supuesto de hecho

Fruto de un contrato de gestación subrogada entre una mujer gestante -de origen mexicano- y una comitente de nacionalidad española, nació un menor en la ciudad mexicana de Tabasco.

El acuerdo suscrito entre las contratantes recogía los términos en los que debía desarrollarse la gestación y, designaba a la mercantil “México Subrogacy” como enlace entre las contratantes. La sociedad era la encargada de la llevanza de los trámites y gestiones necesarias para el buen fin del contrato.

*Trabajo realizado en el marco del Contrato con referencia 2021-COB-10466-002 con cargo al Proyecto “Estudios sobre el impacto de la jurisprudencia del TJUE en la legislación de consumo española con referencia 210027CGT” dirigido por Ángel Carrasco Perera; a la Ayuda para la financiación de actividades de investigación dirigidas a grupos de la UCLM Ref.: 2021 GRIN31309, denominado "Grupo de Investigación del Profesor Ángel Carrasco" (GIPAC) y a la ayuda para la realización de proyectos de investigación científica y transferencia de tecnología, de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha cofinanciadas por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) para el Proyecto titulado “Protección de consumidores y riesgo de exclusión social en Castilla-La Mancha” (PCRECLM) con Ref.: SBPLY/19/180501/000333 dirigido por Ángel Carrasco Perera y Ana Isabel Mendoza Losana.



La madre gestante se obligó desde el principio a entregar a la comitente el niño que iba a gestar. Es decir, renunciaba a cualquier derecho sobre el menor derivado de su maternidad, incluso antes de su concepción. La gestante se obligaba mediante el acuerdo a someterse a tratamientos médicos que ponían en riesgo su salud, además de renunciar a su derecho a la intimidad y confidencialidad médica, permitiendo a la comitente y a “México Subrogacy” que la acompañaran a las consultas médicas, así como que contactaran con los profesionales médicos implicados en la gestación.

En el contrato se regulaban los hábitos de vida que debía llevar la gestante, entre otros: prohibición de mantener relaciones sexuales, consumir droga, alcohol, realizar determinadas actividades, etc. Además, limitaba los movimientos de la gestante, quien no podía cambiar de residencia o domicilio y que en la fase final de embarazo tenía prohibido salir de una localidad concreta.

Tras el nacimiento del menor, este viajó a España junto a la madre comitente, residiendo bajo su tutela y cuidado en el domicilio familiar, donde también convivió con los padres de la comitente.

Desde el momento del nacimiento del menor, la mujer española ha venido ejerciendo de modo real y efectivo como madre del menor, cuidándolo y atendiéndolo en todo. A efectos de la legislación mexicana (nacionalidad del menor), es considerada la madre legal.

2. Iter procesal

En enero de 2018, el padre de la comitente ejerció acción de determinación legal de filiación materna a favor de esta, con base en la posesión de estado. La acción buscaba que se declarase en España a la comitente como madre del menor, nacido en México; ordenándose su inscripción en el Registro Civil y derivándose las obligaciones que suponen la condición de madre. La comitente presentó un escrito de contestación a la demanda promovida por su padre, reconociendo como ciertos los hechos expuestos en el escrito rector, uniéndose a sus peticiones.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. En síntesis, el juzgador entendió que el interés superior del menor no puede utilizarse para contrariar la ley, sino para aplicarla y colmar sus lagunas. Asimismo, se argumentó en la instancia que, conforme al art. 10 Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en lo sucesivo, “LTRHA”), no se puede declarar la filiación a favor de la madre comitente pues este artículo determina que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será



la del parto y será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, como es el presente caso.

El padre de la comitente interpuso recurso de apelación, señalando que el art. 10 LTRHA merece una interpretación amplia y que la posesión de estado debe servir como título de atribución de la maternidad sin necesidad de que exista una relación biológica, solicitando la estimación del recurso con base en el interés superior del menor.

La madre comitente se adhirió a la apelación, alegando que había efectuado un reconocimiento de su maternidad ante las autoridades mexicanas, y que siendo el menor nacional de este país, deben ser de aplicación el art. 9.1 y 9.4 Código Civil, debiendo determinarse la filiación por la ley personal del menor.

La Audiencia Provincial estimó sustancialmente el recurso de apelación, argumentando la estabilidad económica de quien pedía ser declarada madre del menor, así como la consideración por el menor como madre y abuelos a los apelantes. La sentencia de apelación entendió que no cabían otras soluciones al problema planteado, como la figura de la adopción o el acogimiento familiar, por lo que estima la filiación a favor de la madre comitente a fin de no crear una “incertidumbre inquietante” en el menor y proteger así su interés. La Audiencia entiende probado que la comitente ha asumido los deberes de madre manifestados mediante actos continuados y retirados desde el nacimiento del menor; comportamiento exigido por la jurisprudencia para valorar la posesión de estado de la relación de filiación.

Frente a la sentencia de apelación, el Ministerio Fiscal interpuso recurso de casación que ha sido admitido por el Alto Tribunal, cuyos argumentos procedemos a exponer.

3. Recurso de casación

El Ministerio Fiscal se muestra contrario al criterio de la Audiencia Provincial al entender que la sentencia determina una filiación materna respecto de una persona que no es la madre biológica, sino una persona que concertó un contrato de gestación por sustitución, hechos que no pueden ser acogidos por nuestro ordenamiento jurídico, conforme el art. 10 LTRHA y el art. 131 CC.

Para el Ministerio Fiscal, se debe tomar en consideración como bienes jurídicos protegibles el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, así como la salvaguarda de los intereses legítimos del menor conforme a los términos de nuestro ordenamiento jurídico.



El Tribunal Supremo acoge la casación con base en los siguientes razonamientos:

3.1 La gestación por sustitución vulnera los derechos fundamentales

Para nuestro Alto Tribunal, la filiación determinada por una autoridad extranjera como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución es contraria al orden público español, y no solamente por el ya precitado art. 10 LTRHA que declara nulo este tipo de contratos, sino porque este tipo de contratos vulneran gravemente los derechos fundamentales reconocidos por nuestra constitución y los convenios internacionales en los que España es parte.

En este sentido, la sentencia declara que los derechos de la madre gestante y del niño fruto de la gestación por sustitución se ven gravemente comprometidos, situándose estas vulneraciones dentro de las prácticas que prohíbe la convención sobre los Derechos del Niño que insta a los países firmantes a tomar medidas encaminadas a prohibir la venta de niños y su explotación sexual.

Para el Tribunal Supremo, tanto la madre gestante como el menor son tratados como meros objetos y no como personas dotadas de dignidad propia de su condición de seres humanos y de los derechos fundamentales inherentes a esa dignidad. Esta “cosificación” del menor, le convierten en el objeto del contrato y para que pueda cumplirse el mismo la gestante está sometida a unas limitaciones en su autonomía personal que son incompatibles con la dignidad del ser humano.

3.2 La protección del interés superior del menor nacido por gestación por sustitución

Para el Alto Tribunal, la madre comitente pretende hacer un uso discriminado del Derecho Español, aplicándolo según su conveniencia. El hecho de que el niño haya nacido en un Estado que reconoce la posibilidad de determinar la filiación de la madre comitente en caso de gestación subrogada no inaplica el art. 10 LTRHA, pues conforme al art. 9.4 CC la pretensión de la comitente debe resolverse conforme a la ley del Estado donde el hijo tenga su residencia habitual, es decir, conforme a la ley española.

De esta forma, la sentencia recoge que la única solución para satisfacer el interés superior del menor, y a su vez proteger los derechos de las madres gestantes y de los



niños en general, pasa por obtener la determinación de la filiación mediante la adopción.

Conforme a los hechos acreditados, el menor ha creado vínculos familiares de facto – incluso con ausencia de lazos biológicos o jurídicos-, por lo que estas pruebas de tal afinidad deben utilizarse para acreditar la idoneidad ante las autoridades, quien deben permitir el desarrollo y protección de estos vínculos.

La casación estima que la adopción y no la vía ejercida por los demandantes es la única respuesta que puede darse al problema planteado, en aras a establecer un equilibrio entre el interés superior del menor que ha formado vínculos familiares y la protección de los derechos fundamentales de las madres gestantes y niños.

4. Comentario

El Tribunal Supremo realiza una dura crítica a las administraciones públicas competentes, poniendo en relevancia la contrariedad entre las leyes que respaldan a la gestante y el menor y la práctica, dónde las agencias que intermedian pueden operar sin ningún tipo de traba en nuestro país. La sentencia reprueba las estrategias de negocio utilizadas por estas agencias ante la pasividad de las administraciones, toda vez que les es permitido realizar una publicidad ilícita que atenta contra la dignidad humana, a pesar de estar prohibido por nuestro ordenamiento las prácticas anunciadas.

La convalidación de un contrato de gestación por subrogación vulneraría el orden público español, integrado por la norma contemplada en el art. 10 LTRHA que expresa la nulidad de estos contratos y atribuye explícitamente la filiación de los hijos nacidos por este método a las madres gestantes.

Resulta evidente que la intención de nuestro Tribunal Supremo con esta sentencia es la de no blanquear la práctica de la gestación subrogada comercial y la actuación de las agencias de intermediación, pues en caso de desestimar la casación estaría creando una jurisprudencia sin precedentes que aseguraría a los potenciales clientes el reconocimiento casi automático en España de la filiación resultante del contrato de gestación subrogada.