

**SUBDIRECCIÓN GENERAL DE ORDENACIÓN Y ASISTENCIA JURÍDICA**

Criterio de gestión: 3/2021

Fecha: 3 de febrero de 2021

Materia: Subsidio por nacimiento y cuidado de menor. Hijos nacidos por gestación por sustitución con arreglo a la legalidad vigente en un país extranjero. Modificación del criterio de gestión 29/2016.

**ASUNTO:**

Modificación del criterio de gestión 29/2016 relativo al derecho al subsidio por maternidad -actualmente, nacimiento y cuidado de menor- previsto en el artículo 177 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (TRLGSS), en los supuestos de hijos nacidos por gestación por sustitución con arreglo a la legalidad vigente en un país extranjero.

**CRITERIO DE GESTIÓN:**

En el criterio de gestión 29/2016 esta Entidad gestora estableció las directrices que permitían aplicar, sin perjuicio de posteriores adaptaciones, las vigentes previsiones normativas a las particularidades de los hijos nacidos por gestación por sustitución con arreglo a la legalidad vigente en un país extranjero, al tratarse de una situación que no está recogida expresamente en el TRLGSS entre las situaciones protegidas por la prestación por nacimiento y cuidado de menor.

El criterio citado se modifica con las instrucciones que se indican a continuación.

El apartado 2º contempla como requisito necesario para el reconocimiento del derecho al subsidio por nacimiento y cuidado de menor, que se haya practicado la **previa inscripción de la filiación del hijo en el Registro civil español**, señalando lo siguiente:

*De acuerdo con lo establecido en la Instrucción de 5 de octubre de 2010 dictada por la Dirección General de Registros y el Notariado, viene siendo inscribible en el Registro civil español el nacimiento en el extranjero de un menor mediante gestación por sustitución cuando **existe resolución judicial dictada por el órgano jurisdiccional competente** en la que se determina la filiación del nacido a favor del progenitor o progenitores comitentes, se recoge el consentimiento libre y voluntario así como la renuncia expresa a la filiación de la madre gestante y se hace constar que no se ha producido la vulneración del interés superior del menor. En estos supuestos la madre biológica renuncia a la filiación del hijo, por lo que no figura en la correspondiente inscripción registral, determinándose la filiación exclusivamente a favor del progenitor o progenitores comitentes. Este es el supuesto*

*fáctico recogido en la sentencia del TS de 16 de noviembre de 2016. En estos casos, bastará con acreditar la inscripción de la filiación del hijo en el Registro civil español.*

Para aquellos otros supuestos en los que **no exista tal resolución judicial**, el apartado 2 de la Instrucción de 18 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, ha establecido lo siguiente:

*“Las solicitudes de inscripción en el Registro Civil consular de la filiación de menores nacidos con posterioridad a la publicación de esta Instrucción, no serán estimadas salvo que exista una sentencia de las autoridades judiciales del país correspondiente que sea firme y dotada de exequatur, u objeto del debido control incidental cuando proceda, de conformidad con la Instrucción de 5 de octubre de 2010.*

***El encargado o encargada del Registro Civil consular en estos casos deberá suspender la inscripción, con base en la ausencia de medios de prueba susceptibles de apreciación dentro del procedimiento consular. Dicha suspensión y las circunstancias concurrentes serán notificadas por el encargado o encargada del Registro Civil, en su caso, al Ministerio Fiscal, de conformidad con el artículo 124 del Reglamento del Registro Civil.***

*El solicitante podrá obtener, si procede, de las autoridades locales el pasaporte y permisos del menor para viajar a España. Una vez en España, a fin de asegurar que se cumplen todas las garantías con necesario el rigor probatorio, **se deberá iniciar el correspondiente expediente para la inscripción de la filiación, con intervención del Ministerio Fiscal, o interponer las acciones judiciales de reclamación de dicha filiación.**”*

En estos supuestos, si el interesado opta por acudir a los Juzgados españoles solicitando la determinación de la filiación del menor, se aplicará lo previsto en los artículos 764 a 768 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC) para los procesos sobre filiación, paternidad y maternidad.

De esta forma, si la sentencia determina la filiación del menor a su favor, el interesado obtiene el mismo resultado que con la inscripción de la filiación en el Registro Civil, y ello por cuanto el artículo 113 del Código Civil determina: ***“La filiación se acredita por la inscripción en el Registro Civil, por el 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. Para la admisión de pruebas distintas a la inscripción se estará a lo dispuesto en la Ley de Registro Civil.”***

En cualquier caso, debe tratarse de una sentencia firme en los términos establecidos en los apartados 2 y 3 del artículo 207 LEC:

*2. Son resoluciones firmes aquéllas contra las que no cabe recurso alguno bien por no preverlo la ley, bien porque, estando previsto, ha transcurrido el plazo legalmente fijado sin que ninguna de las partes lo haya presentado.*

3. *Las resoluciones firmes pasan en autoridad de cosa juzgada y el tribunal del proceso en que hayan recaído deberá estar en todo caso a lo dispuesto en ellas.*

Finalmente, interesa destacar que el artículo 222.3.2º párrafo LEC establece: *“En las sentencias sobre estado civil, matrimonio, filiación, paternidad, maternidad e incapacitación y reintegración de la capacidad la cosa juzgada tendrá efectos frente a todos a partir de su inscripción o anotación en el Registro Civil.”*

No obstante, pese a lo establecido en el artículo 222.3.2º párrafo LEC, **una sentencia judicial sobre filiación, siempre que sea firme, es documento válido para tramitar y reconocer la prestación por nacimiento y cuidado de menor**, siempre que se cumplan el resto de los requisitos exigidos por ley.

En consecuencia, cuando el interesado acredite haber instado la acción para la determinación legal de la filiación, procede la suspensión del procedimiento de reconocimiento de la prestación por nacimiento y cuidado de menor hasta que aporte la sentencia judicial firme sobre filiación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22.1 a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Por otra parte, a partir del 1 de enero de 2021, debido a la equiparación del derecho al descanso de ambos progenitores por tratarse de un derecho propio e independiente, ya no se requiere la renuncia de la madre biológica al ejercicio de la patria potestad sobre el menor ni la acreditación de que dicha renuncia es conforme al ordenamiento jurídico del país de origen del hijo.

*Esta información ha sido elaborada teniendo en cuenta la legislación vigente en la fecha que figura en el encabezamiento y se presta en virtud del derecho previsto en el artículo 53, letra f), de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, advirtiendo que dicha información no produce más efectos que los puramente ilustrativos y de orientación.*