

Trabajo Fin de Grado

GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: ANÁLISIS INTERNACIONAL PRIVATISTA DESDE UNA PERSPECTIVA JURISPRUDENCIAL

Autor

Sergio Manuel Pérez Navarro

Directora

M^a del Pilar Diago Diago

Facultad de Derecho
Año 2015

ÍNDICE

LISTADO DE ABREVIATURAS UTILIZADAS

I. INTRODUCCIÓN Y OBJETO DEL TRABAJO

II. APROXIMACIÓN A LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

2.1 Concepto

2.2 Régimen de subrogación en Estados miembros de la UE y resto del mundo

2.3 Propuesta regulatoria de la Conferencia de la Haya

2.4 Proposición no de ley presentada por UPyD al Congreso de los Diputados sobre la creación de un marco regulatorio para la gestación subrogada

III. LA PRESTACIÓN POR MATERNIDAD EN LOS CASOS DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

IV. LA PRESTACIÓN POR MATERNIDAD EN LOS CASOS DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA EUROPEA

V. REPERCUSIÓN DE LAS SENTENCIAS EUROPEAS EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

VI. CONSIDERACIONES FINALES

VII. BIBLIOGRAFÍA Y REFERENCIAS DOCUMENTALES

LISTADO DE ABREVIATURAS UTILIZADAS

ADN = Ácido Desoxirribonucleico
art. = Artículo
CC = Código Civil
CDN = Convención sobre el Derecho del Niño
CE = Constitución Española
CEDH = Convenio Europeo de Derechos Humanos
CEE = Comunidad Económica Europea
DGRN = Dirección General de Registros y Notariado
EEUU = Estados Unidos
ET = Estatuto de los Trabajadores
LGSS = Ley General de Seguridad Social
LO = Ley Orgánica
LPRL = Ley de Prevención de Riesgos Laborales
LTRHA = Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida
ONU = Organización de Naciones Unidas
n.º = Número
OMS=Organización Mundial de la Salud
RAE = Real Academia Española
RCC = Registro Civil Consular
RD = Real Decreto
SESPA = Servicio de Salud del Principado de Asturias
TEDH = Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TGSS = Tesorería General de la Seguridad Social
TJCE = Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TS = Tribunal Supremo
TSJ = Tribunal Superior de Justicia
UE = Unión Europea
UPyD = Unión Progreso y Democracia

I. INTRODUCCIÓN Y OBJETO DEL TRABAJO

El Diario del Altoaragón del viernes dos de mayo de 2014 publicaba en su página de Sociedad la siguiente noticia: «Cada año 800 parejas contratan vientres de alquiler en el extranjero».

La lectura de la misma, despertó en mí una gran curiosidad por ese tema de tanta actualidad y tan desconocido hasta entonces para mí, así que decidí tomarlo como pilar para elaborar mi trabajo de fin de Grado.

Conforme me iba adentrando en el estudio del tema me iban surgiendo nuevos interrogantes, entre ellos, desde cuándo se practica esta técnica, por qué se recurre a ella, posibles problemas que conlleva, soluciones a los mismos, posición de la mujer gestante ante la sociedad, derechos de la persona o personas comitentes.

El abanico de posibilidades es infinito, por ello a lo largo del trabajo voy a centrarme en la problemática que está planteando actualmente, la solicitud de la prestación por maternidad a las madres o padres subrogantes.

De todos es sabido que, hasta hace poco tiempo, cuando una pareja no podía tener hijos, por causas imputables a cualquier miembro de la pareja, la única posibilidad que tenían para ser padres o madres legales de una criatura era acudir al procedimiento de la adopción.

El proceso experimentado en las ciencias de la vida y de la medicina impulsado por los modernos avances y descubrimientos científicos y tecnológicos ha propiciado el desarrollo de las técnicas de reproducción humana asistida como una solución al problema de la infertilidad, sustituyendo a la adopción como alternativa a la paternidad biológica.

La Organización Mundial de la Salud define la infertilidad como «una enfermedad del sistema reproductivo definida por la no consecución de un embarazo clínico tras 12 meses o más de relaciones sexuales habituales no protegidas».

Consecuentemente, el desarrollo de la medicina reproductiva está directamente relacionado con el aumento de las tasas de infertilidad en el mundo desarrollado.

Da la impresión de que cada vez el número de parejas estériles es mayor, aunque más que ante un aumento de la patología causante de la esterilidad, nos hallamos ante un contexto clínico diferente respecto de décadas anteriores, como es el retraso en la edad media para formar una pareja estable debido a las precarias condiciones económicas y

laborales (los hombres a los 33 y las mujeres a los 31), lo que conlleva un retraso en la edad para tener el primer hijo.

En los últimos años las técnicas de reproducción humana asistida además de ayudar a paliar los efectos de la esterilidad se manifiestan especialmente útiles para otros fines, tales como los diagnósticos o de investigación, constituyendo además una alternativa de acceso a la maternidad para las parejas del mismo sexo o individuos que, mediante el uso de material genético procedente de donante pueden disfrutar de la maternidad. A través de los medios de comunicación nos enteramos de que el alquiler de vientres se ha convertido en un tema de actualidad, «se ha puesto de moda ser padres». El interés por alquilar vientres ha aumentado conforme han ido creciendo los problemas de infertilidad, se han reconocido nuevos derechos al colectivo homosexual (el art. 44.2 del CC reza así: «El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo») y se han normalizado modelos de familia distintos al convencional. Aparte de las parejas homosexuales, las mujeres sin útero, las parejas que se han sometido sin éxito a técnicas de fecundación, los hombres solteros e incluso personas a las que no se les ha concedido la idoneidad en los programas de adopción y no han podido optar a ser padres de adopción son algunos ejemplos de personas que han optado a alquilar un vientre como una única solución factible para ver satisfecho su deseo de tener un hijo, eso sí han de contratarlo fuera de España.

El ordenamiento jurídico de nuestro país prohíbe expresamente esta práctica, pero esto no implica que los españoles no la practiquen, y ante la gran demanda surgida han proliferado las agencias y despachos de abogados especializados en la gestación por sustitución, actuando como intermediarios con agencias de países en los que esta práctica es legal.

Ha aparecido un nuevo tipo de turismo, el llamado turismo reproductivo, integrado por personas que viven en países como el nuestro, en los que estas prácticas están prohibidas y viajan a otros en que sí están permitidas con el fin de realizar un contrato de alquiler de un vientre para gestar a su hijo, bien con material genético propio o de tercero. Este tipo de turismo está planteando una serie de problemas jurídicos a nivel internacional que precisa para su solución, no sólo soluciones a nivel de derecho interno de cada Estado, sino soluciones globales, a nivel internacional, siempre con especial atención a la protección del interés superior del menor.

La decisión de tomar como punto de partida de mi trabajo la gestación por sustitución, proviene del interés por conocer por qué esta técnica de reproducción humana asistida prohibida en nuestro país, está suscitando tanta polémica, así como por el interés por saber cual es la reacción del Derecho Internacional Privado ante estas complejas situaciones.

Parece a primera vista incongruente que, por una parte nuestro ordenamiento jurídico la prohíba y por otra, admita diferentes sistemas de convalidación de sus efectos, una vez realizada la gestación por sustitución en los países que permiten estas técnicas, eso sí, siempre con el fin de proteger el interés del menor.

A lo largo del trabajo trataremos algunos temas que nos irán familiarizando con la gestación por sustitución, así hablaremos de las distintas denominaciones por las que se la conoce, por qué se acude a esta técnica, su regulación en los distintos países, la conveniencia de una regulación a nivel internacional y, sobre todo la novedad que está suponiendo en esta materia el reconocimiento de prestaciones de maternidad y paternidad en casos de gestación por sustitución estudiando este último punto objeto de mi trabajo, a la luz de la jurisprudencia española y europea.

II. APROXIMACIÓN A LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

2.1 Concepto

Esta práctica que vamos a estudiar se conoce con diferentes denominaciones.

La más utilizada es «vientre de alquiler», término, muy ilustrativo, pero a mi modo de ver quizás un poco vulgar y poco jurídico, al cosificar a la persona contratada para ese fin.

Otro término es el de «maternidad subrogada», el término «subrogada» sería la denominación idónea puesto que la madre gestante sustituye a la madre intencional. Sin embargo el término maternidad no es del todo adecuado para referirse a este tipo de técnica ya que hace referencia a la condición de la mujer que ha sido madre y “madre” se considera según el Diccionario de la RAE a la hembra que ha parido / matriz en que se desarrolla el feto. En el Derecho español, se considera madre legal a la mujer que da a luz, por ello el término «maternidad» no se utiliza en la normativa española.

Quizás, el término más adecuado para referirse a esta práctica es el de «gestación por sustitución», porque gestar según el Diccionario de la RAE es «llevar y sustentar la madre en sus entrañas el fruto vivo de la concepción hasta el momento del parto». No hace referencia a la identidad biológica de ese embrión. Por lo tanto puede ser de la madre gestante, de la comitente o de una donante y, por otra parte, el término sustitución significa «poner a una persona o cosa en lugar de otra».

El Derecho español, y en el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (LTRHA) emplea el término gestación por sustitución para referirse a esta técnica, lo mismo que nuestro TS y el TJCE.

Podemos definir la gestación por sustitución como aquella práctica, en virtud de la cual una mujer, a través de un acuerdo, con o sin precio, acepta someterse a técnicas de reproducción asistida, bien sea a través de inseminación artificial o fecundación in vitro, comprometiéndose a gestar un bebé con el fin de entregarlo después del parto a aquella o aquellas personas homosexuales o heterosexuales que van a ser sus padres, biológicos o no, renunciando ella a la filiación.

2.2 Régimen de subrogación en Estados miembros de la UE y resto del mundo

«No existe una respuesta jurídica sencilla a la gestación por sustitución y los distintos Estados miembros tienen regímenes jurídicos diferentes: desde aquellos que la prohíben expresamente a los que cuentan con alguna forma de facilidad jurídica o los que no disponen de norma específicas en esta materia. El carácter cada vez más transnacional del ámbito reproductivo supone que, además de que la gestación por sustitución tenga lugar en contextos nacionales concretos, también se dé entre naciones y en consecuencia resultan relevantes distintos sistemas jurídicos».¹

Esta figura no está reconocida en nuestro derecho, como tampoco lo está en la mayor parte de los países de nuestro entorno cultural cuyos ordenamientos están influenciados por el aforismo latino *mater semper certa est*, del que se deriva que la filiación se determina siempre por el parto. El desarrollo de las técnicas de reproducción humana asistida, y en concreto la práctica de la gestación por sustitución, rompe con esta

1 BRUNET L., DAVAKI K., MCCANDLESS J., NARMINIO E., “Estudio comparativo sobre el régimen de gestación por sustitución en los Estados miembros de la UE” .PE462.488. Dirección General de Políticas Interiores. Departamento Temático C: Derechos de los ciudadanos y asuntos constitucionales. Noviembre 2012. <<http://www.europarl.europa.eu/studies>>

máxima del derecho romano ya que en la actualidad presenta un panorama diferente en cuanto a presunción.

El art. 10 de la LTRHA 14/2006, de 26 de mayo, dice así:

«Gestación por sustitución:

1. 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.
2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.
3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales».

Queda claro que en nuestro país la gestación por sustitución no está permitida.

Dada la ubicación del art. 10, dentro del capítulo II titulado «Participantes en las técnicas de reproducción asistida» se desprende, que para la puesta en práctica de la gestación por sustitución, se precisa el empleo de alguna de las técnicas de reproducción humana asistida que la ley expresamente regula, aunque atendiendo a la redacción del artículo, es posible que de una forma natural se plantee este mismo supuesto.

El precitado art.10.1 prohíbe cualquier tipo de gestación por sustitución con independencia de quien aporte el material genético, quien contrate la gestación o de que medie o no contraprestación económica. En todo caso para que exista esta modalidad de maternidad es preciso que la mujer gestante renuncie con posterioridad a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero.

No bastará por lo tanto con la entrega del niño a una tercera persona, sino que este art. 10-1 fundamenta la nulidad de este contrato precisamente en la renuncia a la filiación materna.

En virtud de lo anterior la «madre de deseo», incluso en el supuesto de haber aportado su material genético, carece de derecho a reclamar la maternidad, y ello porque el legislador español da prevalencia a la maternidad de gestación sobre la maternidad genética basándose para ello en la estrecha relación psicofísica que une a la madre con el futuro descendiente durante los 9 meses de embarazo.

Así nos encontramos con países que adoptan distintas posturas en cuanto al régimen de la subrogación:²

- Países que prohíben esta práctica, como España, Austria, Bulgaria, Francia («Todo convenio relativo a la procreación o la gestación por cuenta de otro será nulo»³), Alemania («será sancionado con una pena privativa de libertad de hasta tres años...quien practicara fecundación artificial o transfiriera un embrión humano a una mujer dispuesta a abandonarlo en forma definitiva a terceros luego de su nacimiento»⁴), Italia («quien, en cualquier forma, organiza o anuncia subrogación de maternidad será castigado...»⁵), Malta, Portugal, Suiza («se prohíbe la donación de embriones, así como todas las formas de maternidad de sustitución»⁶), China, Nueva York, o Japón.

-Países que admiten la subrogación si es de modo altruista como Reino Unido, Bélgica, Dinamarca, Grecia, Hungría, Irlanda, Letonia, Países Bajos, Canadá⁷, Brasil⁸, Florida, Nevada.

-Países que admiten la subrogación con carácter comercial como Chipre, Republica Checa, Estonia, Lituania, Luxemburgo, Rumania, Eslovaquia, Eslovenia, India, Ucrania⁹ (en caso de que el embrión generado por los cónyuges sea transferido a otra mujer, los cónyuges serán lo padres del niño), California , Rusia

² BRUNET L.,CARRUTHERS J.,DAVAKI K.,KIN D.,MARZO C.,MACCANDLESS J. “El régimen de subrogación en los Estados miembros de la UE.” PE474.403 Dirección General de Políticas Interiores Departamento Temático C: Derechos de los ciudadanos y asuntos constitucionales mayo 2012 <<http://www.europarl.europa.eu/studies>>

³ Código Civil francés, artículo nº 16.7

⁴ Ley italiana 40/19-02/2004 “Normas sobre la procreación médicamente asistida) art. 12.6

⁵ La ley alemana 745/90 de 13 de diciembre, art. 1 sobre “utilización abusiva de técnicas de reproducción

⁶ Constitución Federal Suiza de 18 de abril de 1999, art. 119.2.

⁷ Ley de Reproducción humana asistida Canadá

⁸ Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988

⁹ Código de Familia de Ucrania art. 132.2

2.3 Propuesta regulatoria de la Conferencia de la Haya

El 10 de marzo de 2012, la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya¹⁰ elaboró un informe sobre los problemas que plantean los contratos de maternidad subrogada de carácter internacional. El documento resulta particularmente interesante porque en él se recoge el diverso tratamiento que esta forma de maternidad recibe en los diferentes Estados miembros de la Conferencia. Pero, sobre todo, interesa su propuesta de adopción de un instrumento internacional que permita, no tanto la armonización de las normas de Derecho internacional privado relativas al establecimiento de la filiación en aquellos casos en los que media un contrato de maternidad por sustitución, sino el establecimiento de un marco de cooperación entre autoridades (semejante al que establece el Convenio de la Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional) que favorecería el reconocimiento de las filiaciones válidamente determinadas en un Estado que admita esta forma de gestación por sustitución, en otro Estado cuyo ordenamiento prohíba esta práctica, tal y como sucede en nuestro país (art. 10.1 de la LTRHA 14/2006, de 26 de mayo).

En este ámbito del reconocimiento, el documento de referencia propone asumir la doctrina del orden público atenuado para las situaciones legalmente creadas en el extranjero, lo cual permitiría reconocer los efectos jurídicos derivados de la gestación por sustitución realizada al amparo de un ordenamiento jurídico extranjero, aun cuando esta práctica esté prohibida en el Estado en el que se pretende dicho reconocimiento. De este modo, la Conferencia de La Haya se alinea con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que en varias ocasiones ha puesto de manifiesto cómo, en relación con decisiones en el ámbito del estado civil y el Derecho de familia, el no reconocimiento de una decisión extranjera por un Estado parte en el CEDH puede constituir una violación de ciertos derechos fundamentales establecidos en el propio Convenio, particularmente, del «derecho al respeto a la vida privada y familiar». El Alto Tribunal ha considerado que el recurso al orden público, en tanto que motivo para denegar el reconocimiento de una decisión extranjera, debe estar fundado en una

¹⁰ <http://www.hcch.net/upload/wop/gap2012pd10fr.pdf>> RAPPORT PRÉLIMINAIRE SUR LES PROBLÈMES DÉCOULANT DES CONVENTIONS DE MATERNITÉ DE SUBSTITUTION À CARACTÈRE INTERNATIONAL

necesidad social imperiosa y resulta proporcional al fin legítimo perseguido limitando la operatividad de la cláusula de orden público.

Pues bien, en nuestro país, esta tendencia favorable al reconocimiento de decisiones judiciales en materia de filiación ya se puso de manifiesto con la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución que, basándose en el interés superior del menor, ordena, sin prejuzgar la cuestión de fondo —la filiación—, la inscripción en el Registro Civil español de los españoles nacidos en el extranjero mediante esta técnica, siempre y cuando exista una decisión judicial extranjera que determine dicha filiación. Y es este principio de *favor recognitionis* el que debe informar la aplicación del art. 96.2.d) de la Ley 20/2011, de 21 de julio del Registro Civil, que permite un reconocimiento incidental de las resoluciones judiciales extranjeras cuando «la inscripción de la resolución no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español».

El nuevo precepto no impide una aplicación atenuada del orden público, de manera que, aun cuando la maternidad subrogada esté prohibida en nuestro país, el interés superior del menor, cuya filiación ha sido válidamente determinada conforme a un ordenamiento extranjero, debería permitir la inscripción de la resolución por la que se determine dicha filiación, siempre y cuando se cumplan las demás condiciones de reconocimiento que exige el art. 96 de la nueva Ley: la regularidad y autenticidad formal de los documentos presentados; que el Tribunal de origen ha basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española; y que todas las partes han sido debidamente notificadas y con tiempo suficiente para preparar el procedimiento, condición esta última que, en supuestos de maternidad subrogada, exigirá velar porque se respeten los derechos de la madre gestante, en especial que su consentimiento se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente, tal y como ponía de manifiesto la DGRN en la Instrucción antes citada.¹¹

La Conferencia de Derecho Internacional Privado de la Haya en su documento preliminar N° 3 de febrero de 2015 a la atención del Consejo de marzo de 2015 sobre los asuntos generales y la política de la Conferencia relativos al «Proyecto Filiación/Maternidad de sustitución: Nota de puesta al día», que tiene por objeto

¹¹ VAQUERO LOPEZ,C, “Maternidad subrogada, orden publico y Ley del Registro Civil <http://civil.blogs.lexnova.es> /2012/04/27

presentar a los Estados Miembros algunos de los grandes desarrollos pertinentes relativos al proyecto mencionado, el Consejo ha invitado a la Oficina Permanente a continuar en la recogida de información sobre las respuestas de los Estados en los que se utilizan los contratos de maternidad por sustitución de carácter internacional y tomando nota de que algunos Miembros han solicitado constituir un Grupo de expertos, el Consejo ha decidido que este tema se trate en 2015.¹²

En España, tras las sentencias del TEDH de 23 de junio de 2014, (asuntos *Mennesson* y *Labassee*), la DGRN ha publicado una circular el 11 de julio de 2014 declarando que los Registros deberían, en lo sucesivo aplicar de nuevo la Instrucción de 2010, que preconizaba un acercamiento más «liberal» respecto al reconocimiento y a pesar de la decisión contraria dada por el TS Español en febrero de 2014. Además, el 11 de diciembre de 2014, el Ministro de Justicia español ha declarado que se presentaría una enmienda (que no ha sido declarado pública aun) al proyecto de ley sobre el Registro del estado civil, actualmente en estudio en las Cortes, para garantizar que la disposición concerniente al registro de un niño tras una gestación por sustitución sea conforme a las recientes sentencias del TEDH.¹³

2.4 Proposición no de ley presentada por UPyD al Congreso de los Diputados sobre la creación de un marco regulatorio para la gestación subrogada

La portavoz, Rosa Díez, considerando la necesidad de adaptar este tipo de maternidad a la evolución social, el cual no puede verse frenado por la inacción política, ha presentado el 10 de febrero de 2015 una proposición no de ley para despenalizar esta práctica y articular en el marco legislativo correspondiente la gestación subrogada, entendida como la técnica por la que una mujer acepta ser la gestante mediante cualquiera de las técnicas de reproducción asistida contempladas por la ley y dar a luz un hijo de otra persona o personas como técnica reproductiva.

En la exposición de motivos dice que «a pesar de la exclusión de la gestación subrogada en España, muchos ciudadanos han accedido en el pasado y siguen haciéndolo en el presente a este modo de paternidad y maternidad acudiendo a aquellos países en los que se realiza legalmente la subrogación transfronteriza. La voluntad de muchas personas de

¹² <-www.hcch.net/index> Les questions de droit international privé concernant le statut des enfants, notamment celles découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international

¹³ Document préliminaire N° 3 A de février 2015 à l'attention du Conseil de mars 2015 sur les affaires générales et la politique de la Conférence. Le Project Filiation/Maternité de substitution: Note de mise à jour. Conferencia Derecho Internacional Privado de La Haya.<<http://www.hcch.net/upload>>

alcanzar la paternidad no conoce de fronteras y se da la paradoja de que en países de la propia Unión Europea encuentran esta posibilidad con un encaje jurídico que en nuestro país no existe.

Las familias formadas por ciudadanos españoles a través de la gestación subrogada legal en otros países enfrentaban graves problemas de filiación a su retorno a España por no verse reconocida la filiación sobre sus hijos aquí».

Por ello presenta la siguiente Proposición no de Ley:

«El Congreso de los Diputados insta al Gobierno a:

- La derogación del art. 10 de la LTRHA de 4/2006, de 26 de mayo, el cual da cuenta de la existencia de la técnica de gestación por sustitución aunque parte de la nulidad de pleno derecho del contrato que tenga dicho fin y, por tanto de su invalidez jurídica a efectos de reconocimiento de la filiación por parte de quienes contraten la subrogación, manteniendo el antiguo precepto *mater semper certa est* propio de un periodo anterior al descubrimiento del ADN y de los avances técnicos y científicos asociados al mismo.

- Articular en el marco legislativo correspondiente la gestación subrogada con una serie de contenidos (carácter altruista, la gestante será mayor de dieciocho años, con buen estado de salud, lo aceptará libremente, irrenunciabilidad posterior del contrato, se establecerá un Registro Nacional de Gestación por Subrogación adscrito al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, sólo será posible celebrar el acuerdo de subrogación gestacional cuando el progenitor o progenitores hayan agotado subrogantes hayan agotado o sean incompatibles con otras técnicas de reproducción asistida. También solicita en esta Proposición «Promover en el marco de la Unión europea una regulación común de la maternidad subrogada y de los acuerdos de subrogación transfronterizos».

III. LA PRESTACIÓN POR MATERNIDAD EN LOS CASOS DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

En nuestro país el problema se plantea cuando la gestación por sustitución queda plenamente reconocida según las leyes del país en el que ha tenido lugar y, por tanto posibilita las preceptivas inscripciones registrales que acreditan la filiación no ya de la mujer que da a luz, sino del sujeto o sujetos que han tomado parte en este especial contrato.

La maternidad conseguida por un contrato de sustitución genera entonces una situación muy especial de filiación que no contempla expresamente ni el artículo 48-4 del ET aprobado por RDL 1/1995, de 24 de marzo, «En el supuesto de parto, la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables en el supuesto de parto múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo. El período de suspensión se distribuirá a opción de la interesada siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto. En caso de fallecimiento de la madre, con independencia de que ésta realizara o no algún trabajo, el otro progenitor podrá hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste del período de suspensión, computado desde la fecha del parto, y sin que se descuente del mismo la parte que la madre hubiera podido disfrutar con anterioridad al parto. En el supuesto de fallecimiento del hijo, el período de suspensión no se verá reducido, salvo que, una vez finalizadas las seis semanas de descanso obligatorio, la madre solicitara reincorporarse a su puesto de trabajo. En los supuestos de adopción y de acogimiento, de acuerdo con el art. 45.1.d) de esta Ley, la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliable en el supuesto de adopción o acogimiento múltiples en dos semanas por cada menor a partir del segundo. Dicha suspensión producirá sus efectos, a elección del trabajador, bien a partir de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, bien a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, provisional o definitivo, sin que en ningún caso un mismo menor pueda dar derecho a varios períodos de suspensión. En los supuestos de adopción internacional, cuando sea necesario el desplazamiento previo de los progenitores al país de origen del adoptado, el período de suspensión, previsto para cada caso en el presente apartado, podrá iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituye la adopción», ni en el art. 133 bis y ter del RDL 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto

Refundido de la LGSS, «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 CC 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 art. 48.4 del Texto Refundido del ET. y en el art. 30.3 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la reforma de la función pública», ni tampoco en el RD 295/2009 de 6 de marzo por el que se regulan en nuestro ordenamiento jurídico las prestaciones económicas por maternidad y paternidad.

Dado que gracias a la gestación por sustitución un único varón puede aparecer como único progenitor reconocido de un hijo (una vez reconocida registralmente dicha filiación), se plantea una situación *sui generis* respecto al disfrute de los respectivos permisos laborales por maternidad y paternidad, y el disfrute, en su caso de las prestaciones que puedan corresponder a un sujeto a cargo de la Seguridad Social. Si el único progenitor conocido es una mujer (tanto si la ha gestado como si ha recurrido a la sustitución) no existen dudas respecto al beneficiario del permiso y de la prestación por maternidad.

El problema se plantea cuando es un varón el que ha recurrido a la gestación por sustitución, ya que en España la maternidad se presume por el parto. Y en este caso es evidente que el varón no ha parido.

La normativa española ha previsto algunas soluciones en caso de que concurran algunas circunstancias en las que hay que proteger al menor, como se verá, ninguna de ellas alude a este tipo de gestación, dado que:

- No se trata de un supuesto de adopción por un único sujeto, en cuyo caso no existirían dudas respecto a que el permiso por maternidad recaería sobre el adoptante en cuestión «cualquiera que sea su sexo» (art. 3.1. RD 295/2009, de 6 de marzo)

- Tampoco se trata de un caso de fallecimiento de la madre, en el que el progenitor superviviente puede acumular íntegramente los permisos de paternidad y maternidad, dado que la madre únicamente ha renunciado a su patria potestad, pero no ha fallecido (art. 3.3 RD 295/2009)

- En ciertas ocasiones, la legislación laboral permite al varón disfrutar de la prestación por maternidad en casos en los que la madre desempeñe actividad productiva, pero según los requisitos establecidos no genere derecho a la prestación, (art. 3.4 RD 295/2009).

Por lo que respecta al acceso a la prestación por maternidad, se exige que el beneficiario reúna simultáneamente tres requisitos:

1-Encontrarse de alta o en situación asimilada al alta.

2-Haber acaecido una de las situaciones protegidas: maternidad, adopción o acogimiento.

3-Reunir el periodo de carencia exigido en cada caso.

El problema se plantea porque la redacción literal de estos preceptos utiliza el término «maternidad» sin acompañarlo de adjetivo calificativo alguno. Con lo cual puede intuirse que legislador se refiere a la maternidad en sentido amplio sin distinción en cuanto a maternidad biológica o a la obtenida mediante técnicas de reproducción humana asistida, dentro de la cual incluiríamos la gestación por sustitución siempre y cuando la inscripción registral del nacido en el extranjero se encontrara plenamente convalidada en España y aplicando el principio latino *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* - Donde la ley no distingue, nosotros no debemos distinguir-.

Algunos profesionales del derecho creen que nos encontramos ante una laguna legal y no queda otra que aplicar la analogía, considerando los jueces y tribunales que la gestación por sustitución es una forma más de maternidad, superando así la estricta literalidad de la previsión normativa, tanto si la contrata una pareja heterosexual, homosexual o una persona en solitario con independencia de su género masculino o femenino, en contra del criterio de la Seguridad Social y atendiendo al interés del menor y al principio de no discriminación en función de la filiación(art. 14 CE).

Puede afirmarse que la prestación por maternidad, inicialmente concebida «con la doble finalidad de, por un lado atender a la salud de la mujer trabajadora en la fase de embarazo, parto y puerperio y, de otra, atender los primeros cuidados del recién nacido, en los últimos tiempos ha tornado, en términos generales, primando la segunda sobre la primera»¹⁴

14 HIERRO HIERRO J., "Gestación por sustitución y prestación de maternidad" Revista Doctrinal Aranzadi Social Nº 6/2012 octubre pp 53-59

En este tipo de ocasiones, aunque la madre renuncie a la patria potestad y con ella a cualquier tipo de atención y cuidado sobre su hijo, jueces y tribunales están optando por aplicar la analogía respecto de los derechos derivados de la adopción por un único sujeto y no respecto a la situación especialmente protectora que prevé el legislador en caso de fallecimiento de la madre, en la que se permite al otro progenitor acumular simultáneamente la prestación de paternidad y maternidad.

La explicación a esta respuesta sólo puede encontrarse en la siguiente afirmación: «el sujeto que contrata un vientre de alquiler con el objetivo de enfrentarse a la maternidad en solitario, está asumiendo voluntariamente tal situación, cosa que no ocurre en casos de fallecimiento, por lo que el legislador opta por atribuirle un trato cualificado».¹⁵

Algunas de las sentencias de los Tribunales españoles del orden social que examinaremos a continuación sostienen que el hecho de que no haya existido parto no es causa suficiente para denegar la prestación de maternidad reclamada, teniendo en cuenta que tanto la Ley 39/1999 de 5 de noviembre de Conciliación de la Vida laboral y familiar, como la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres y la CDN de 1989 mantienen una noción amplia de la maternidad, «que centra su atención en el cuidado del menor y en los aspectos afectivos y familiares, alejándose de la dimensión propiamente física».

Se trata de una solución de compromiso para proteger los intereses del menor.

En estos casos no bastaría con reconocer al progenitor varón el permiso y prestación de paternidad (de menor duración que por maternidad) puesto que la atención del hijo con este permiso reducido resultaría insuficiente comparado con la duración de la prestación por maternidad cuando el sujeto en cuestión ha de atender a un hijo en solitario.

«No conceder la prestación de maternidad o paternidad en tales supuestos, vulneraría el art. 14 CE. Dada la finalidad social de la prestación, que atiende al interés del menor, se estaría discriminando al hijo nacido a través de gestación por sustitución. El derecho a la no discriminación en función de la filiación integra el orden público internacional español»¹⁶

15 SELMA PENALVA A., «Los nuevos retos de la prestación por maternidad ante los avances médicos en materia de reproducción asistida». Revista Internacional de Investigación en Bioderecho. Bioderecho.es Vol 1, num1, 2014 y «Vientres de alquiler y prestación por maternidad» Revista Doctrinal Aranzadi Social num. Vol 5 nº 9 Enero 2013. pp 223-244.

16 HERNANDEZ RODRIGUEZ A., «Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿Hacia una nueva regulación legal en España?» Cuadernos de Derecho Transnacional, vol 6, Nº 2- octubre 2014 pp 147-174 < www.uc3m.es/cdt >

Comenzaremos a citarlas por orden cronológico.

- Sentencia del TSJ de Castilla-León 539/2010, de cinco de mayo, desestima el recurso de suplicación promovido por el INSS y la TGSS contra la sentencia del Juzgado de lo Social Dos de Valladolid por la que reconoce a la demandante la prestación de maternidad por gestación por sustitución producida en Kansas (Estados Unidos), en contra del criterio del INSS que se la denegó por no encontrarse en ninguna de las situaciones previstas en el art. 133bis del RDL 17/1994, y ello en base en Ley 39/1999, de 5 de noviembre, LO 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres y la CDN. Entiende la Sala que «no discutiéndose por las recurrentes la filiación de la recién nacida como hija de la demandante, debe incluirse a la demandante en alguna de las situaciones que dan lugar al derecho de prestación por maternidad. Cuando menos, debería equipararse el supuesto de la actora al de la adopción, en el que tampoco ha existido parto pero sí que aparece recogida en el mencionado artículo como situación generadora de la prestación aquí reclamada».

- La Sentencia del TSJ de Oviedo 2320/2012, de 20 de septiembre desestima el recurso de suplicación interpuesto por el INSS contra la Sentencia del Juzgado de lo Social de Oviedo 212/2012, de nueve de abril, por la que reconoce el derecho de la actora al subsidio de maternidad por gestación por sustitución que tuvo lugar en Los Ángeles (Estados Unidos) habiéndolo inscrito en ese RCC como hijo de la actora y de su esposo, recurriendo al principio de igualdad.

La Unidad de Personal del Sespa le denegó la expedición del certificado de empresa preciso para solicitar la prestación por maternidad basándose en que de acuerdo con la vigente normativa sólo cabe dicho permiso de maternidad en caso de parto, acogimiento o adopción, no siendo ninguno de ellos el que planteaba.

Entiende la Sala que «el caso de la actora es equiparable a los demás porque existe un hecho indubitado que es la maternidad que fue declarada en la sentencia americana e inscrita en el Registro Civil español y si en los restantes supuestos distintos de la maternidad natural, se reconoce el derecho al subsidio para procurar la atención del menor, la misma causa existe en el presente en el que el menor ni siquiera tiene un año y se trata de una filiación y no de un acogimiento temporal que también esta amparado por la norma. El hecho de que la maternidad por sustitución no esté reconocida en

España, es más esté prohibida, no es motivo para que no se le reconozca a la madre el subsidio...»

Considera además que el art. 39 de la CE de 1978 prevé que los poderes públicos asegurarán la protección social, económica y jurídica de la familia y la protección integral de los hijos, iguales estos ante la Ley con independencia de su filiación, lo que además se conecta con el artículo 14 del mismo texto constitucional.

- La Sentencia del TSJ de Madrid 668/2012, de 18 de octubre estima el recurso de suplicación interpuesto por el actor contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º Cuatro de los de Madrid frente al INSS y TGSS en la que se denegaba la prestación por maternidad, ya que sólo la maternidad biológica, la adopción y el acogimiento permiten el reconocimiento de la prestación, fundando además su criterio en que el actor no alumbró a la menor y no consta que la hubiera adoptado, reconociendo éste que la madre biológica fue una mujer que la gestó por encargo en San Diego (Estados Unidos).

El INSS reconoció al marido del actor la prestación de paternidad.

Pues bien, el TSJ estimó el recurso de suplicación declarando el derecho del actor a la prestación de maternidad y tras declarar que, en el presente caso no nos encontramos ante ninguno de los supuestos previstos en los arts. 45.1.d y 48.4 del ET, distingue ante el hecho generador de la licencia de maternidad o paternidad dos situaciones: la del parto (causa de suspensión del contrato de trabajo) y otras situaciones sin parto (en el caso del otro progenitor).

Por ello, indica el Alto Tribunal, el espíritu de la LGSS «supone la inclusión en una norma de casos no expresos en ella pero virtualmente insertos en su espíritu» resolviendo el recurso de suplicación en sentido estimatorio” como si de una adopción se tratase».

Además el TSJ «como mero colofón dialéctico» indica que es «difícilmente asumible, por repugnar a la lógica más primaria, que se deniegue la prestación al actor en sus descritas circunstancias cuando se le reconocería *ex lege* si él y su pareja se hubiesen limitado a adoptar o acoger a un menor».

- La Sentencia del TSJ de Cataluña 7985/2012 de 23 de noviembre desestima el recurso de suplicación interpuesto por el INSS contra la sentencia del Juzgado de lo

Social n.º 25 de los de Barcelona de fecha 14 de mayo de 2011 sobre prestación de maternidad por parto múltiple.

Se denegó al demandante varón el subsidio de maternidad biológica por parto múltiple ya que no quedó acreditado que reuniera los requisitos exigidos que establece el art. 133.bis de la LGSS. Consta que las menores nacieron mediante técnicas de reproducción asistida en el estado de California y se inscribieron en el RCC de San Francisco.

Se cuestiona el derecho a la prestación por maternidad que como hemos visto en las sentencias anteriores, el art. 133 bis y ter de la LGSS considera como situaciones acreedoras de la misma la maternidad, la adopción y el acogimiento. Por su parte el RD 295/2009, de 6 de marzo, que desarrolla reglamentariamente la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, ha llevado a cabo una notable intensificación y ampliación de la acción protectora de la Seguridad Social, recogiendo en su art. 2.2, dentro de las situaciones protegidas : «Se considerarán 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 un año, cualquiera que sea su denominación».

La finalidad de la prestación por maternidad esta relacionada no sólo con el descanso obligatorio y voluntario por el hecho del parto, sino también con la atención o cuidado del menor, que se convierte en elemento prioritario desde el momento en que no sólo se atribuye la condición de beneficiario a la madre, sino también al padre y por el hecho de haberse ampliado la prestación a supuestos en los que no hay alumbramiento. El objeto de la prestación se vincula más con la atención al menor, hasta el punto que el RD295/2009 amplía la protección como hemos visto más arriba a aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras.

El caso del demandante es equiparable a dichas situaciones porque la maternidad ha sido declarada en sentencia del Tribunal de California y ha sido inscrita en el Registro Civil español. Por ello concurriendo los requisitos previstos legalmente para el reconocimiento del derecho al descanso por maternidad y para percibir la prestación se desestima el recurso interpuesto por el INSS y se confirma la resolución recurrida.

- La Sentencia del TSJ de Madrid 216/2013 de trece de marzo, Sección 3 estima el recurso de suplicación interpuesto por el actor contra la sentencia de 24/02/2012 dictada por el Juzgado de los Social n.º 8 de Madrid a instancia del INSS y TGSS contra el actor en reclamación de prestación por paternidad.

Se trata de un matrimonio homosexual que acudió a San Diego para concertar una gestación por sustitución, según las técnicas de reproducción humana asistida y fruto de la cual nació una niña, la cual fue inscrita en el Registro civil consular de Los Ángeles. A uno de los cónyuges se le concedió y abonó sin problema la prestación de paternidad que más tarde le fue retirada por el INSS tras no aportar en plazo el certificado de la inscripción que le había sido requerido.

Toda la argumentación de la sentencia recurrida y de la Entidad Gestora se puede resumir en que consideran no existe el derecho a la prestación por paternidad porque la relación de filiación es ilegal según el art. 10 de la LTRHA.

«Pero es evidente que el derecho a la no discriminación en función de la filiación supone un orden público constitucional supralegal, de modo que el carácter ilegal de una filiación no justifica ningún trato diferenciado.

La Sentencia y la Entidad Gestora desenfocan totalmente el núcleo jurídico comprometido en este litigio.

La prestación de paternidad o maternidad son técnicas sociales tuitivas del menor, formas de garantizarle una mayor atención, la denegación de la prestación supone en realidad privarlo de la asistencia y dedicación que a través de la prestación se abona a los padres. Por eso carece de sentido invocar el art. 10 ya que no es una norma reguladora de la prestación por maternidad».

En los fundamentos de Derecho dice la Sala de lo Social del Tribunal Superior:

«De todas formas esta Sala ya se ha pronunciado sobre esta prestación-la prestación de esta menor y sus dos progenitores- y este precedente obviamente nos vincula».

Y, seguidamente hace suyo lo dicho en la Sentencia de esa Sala n.º 668/2012.

IV. LA PRESTACIÓN POR MATERNIDAD EN LOS CASOS DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA EUROPEA

Frente a la línea jurisprudencial seguida últimamente por los Tribunales sociales en España, destacan dos sentencias del TJUE del año 2014, en las que éste resuelve de manera negativa respecto a la concesión del permiso de maternidad a las madres subrogantes españolas.

La cuestión sobre la concesión o rechazo de los permisos de maternidad en gestación por sustitución ha sido el objeto central de dos cuestiones prejudiciales planteadas ante el Alto Tribunal Europeo.

Los tribunales nacionales ante los que se presentaron las demandas plantearon las cuestiones ante el TJUE para tratar de saber si esa negación es contraria a la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada que haya dado a luz o en periodo de lactancia, D.O. núm. L348, de 28-XI-1992 o constituye una discriminación por motivo de sexo o de la discapacidad, discriminaciones prohibidas por la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. D.O. núm. L204, de 26-VII-2006 y la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. D.O. núm. L303 de 2-XII-2000.

“En las sentencias de 18 de marzo de 2014 en los asuntos C-167/12 y C/363/12¹⁷ el TJUE interpretó que el Derecho de la UE no prevé a favor de las madres subrogantes un derecho a un permiso retribuido equivalente a un permiso de maternidad o a un permiso por adopción»

Las circunstancias fácticas que originaron ambas sentencias son esencialmente semejantes aunque en contextos diferentes.

En el asunto C-167/12, la petición de decisión prejudicial planteada por el Employment Tribunal, Newcastle upon Tyne (Reino Unido) el litigio versa sobre una trabajadora que celebró un convenio de gestación por sustitución conforme a la Ley de ese país. La particularidad del Derecho británico es que el art. 54 de la Ley de 2008 sobre la

¹⁷ <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf>

fertilización y embriología humana(Human Fertilisation and Embryology Act 2008) prevé que a instancia de dos personas , un Tribunal puede dictar una resolución que les confiera la patria potestad sobre un niño, la que se considera legalmente hijo de los solicitantes, si el niño ha nacido de una mujer que no es uno de los solicitantes como consecuencia de la implantación en ella de un embrión o espermatozoides y óvulos, o de su inseminación artificial; se han utilizado los gametos de al menos uno de los solicitantes para crear el embrión y se cumplen otros requisitos, entre los cuales el de que los solicitantes sean marido y esposa o mantengan una relación análoga. Posteriormente nació un niño al que ella amamantó durante tres meses, sin que ella en ningún momento hubiera estado embarazada.

Hechos similares son los del asunto C-363/12, que dan lugar al litigio objeto de petición de decisión prejudicial planteado por el Equality Tribunal (Irlanda). Se trata de una trabajadora que en ningún caso estuvo embarazada y realizó una maternidad subrogada transfronteriza al no estar regulada en su país. La fecundación in vitro se llevó a cabo en su país y la transferencia de óvulos a la madre contratada en California.

Conforme a este Derecho, la trabajadora y su esposo tienen la consideración de padres de la niña y poseen la guarda efectiva de la niña desde su nacimiento. Además en este caso , la trabajadora tiene una rara afección que pese a tener ovarios y ser fértil, carece de útero y no puede gestar.

La primera cuestión que va a analizarse siguiendo a la Doctora Diago es si la «Directiva 92/85 del Consejo, de 19 de octubre de 1992 , relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada que haya dado a luz o en periodo de lactancia, debe interpretarse en el sentido de que una madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución tiene derecho a disfrutar del permiso de maternidad previsto en el art. 8 de esta Directiva , y ello, en particular , en el caso de que la madre subrogante pueda amamantarlo tras su nacimiento o cuando lo amamanta efectivamente».

La argumentación del Tribunal arranca del objetivo mismo de la Directiva, que no es otro que promover la seguridad y la salud de las trabajadoras que han dado a luz o en periodo de lactancia. Ello se debe a que se considera a la trabajadora embarazada como integrante de un grupo expuesto a riesgos especialmente sensibles, lo que justifica que se tomen estas medidas.

La Sentencia indica que el permiso de maternidad previsto en el artículo 8, tiene la finalidad de proteger la salud de la madre del niño, durante la específica situación de vulnerabilidad derivada de su embarazo. Por ello, necesariamente ha tenido que estar embarazada y ha debido dar a luz, lo que no ocurre en ninguno de los dos casos. No ha lugar por tanto a un permiso de maternidad, pues la maternidad subrogada no entra dentro del ámbito de aplicación del artículo 8 de la Directiva. Como consecuencia de esta sencilla argumentación, el Tribunal declara que la citada Directiva 92/85/CEE del Consejo debe interpretarse en el sentido de que los Estados miembros no están obligados en virtud del artículo 8 de esa Directiva a conferir un permiso de maternidad a una trabajadora, en su calidad de madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución, incluso cuando puede amamantar a ese niño tras su nacimiento o lo amamantara efectivamente. Si bien la Sentencia señala literalmente que esa «Directiva no excluye en absoluto la facultad de los Estados miembros para aplicar o instaurar disposiciones legislativas, reglamentarias o administrativas más favorables para la protección de la seguridad y la salud de las madres subrogantes que hayan tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución, permitiendo que se beneficien de un permiso de maternidad en razón del nacimiento de ese niño». El TJUE entiende que esta negativa no constituye una discriminación basada en el sexo, conforme a la Directiva 2006/54, ni tampoco una discriminación por razón de discapacidad, conforme a la Directiva 2000/78 interpretada de acuerdo con la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad en aquellos casos en que la madre subrogante está incapacitada para tener hijos.¹⁸ La Directiva 92/85 tantas veces mencionada, se orientó específicamente a la protección de las mujeres embarazadas, teniendo en cuenta la vulnerabilidad incuestionable derivada del embarazo. Esta Directiva fue incorporada a nuestra legislación por la LPRL 31/1995, de 8 de noviembre, y ampliada por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. La segunda cuestión que va a analizarse es si la Directiva 2006/54 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa ala aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres

¹⁸ DIAGO DIAGO M^a P., “Igualdad de trato entre los trabajadores y las trabajadoras: negativa a concederle a una madre subrogante un permiso retribuido equivalente a un permiso de maternidad o a un permiso de adopción. Revista Jurídica de Cataluña N° 3 ,2014 ,pp 256-262

y mujeres en asuntos de empleo y ocupación debe interpretarse en el sentido de que el hecho de que un empleador deniegue un permiso de maternidad a una madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución, constituye una discriminación basada en el sexo. El argumento base que sirve para fundamentar la conclusión de que no se produce discriminación, parte de la igualdad de trato en la negativa a la concesión de un permiso de maternidad, tanto para la mujer como para el varón contratante de un vientre de alquiler. Padre o madre recibirán el mismo trato, denegando a ambos el permiso. Conviene destacar, por otro lado, que el Tribunal de Justicia en el Asunto C-363/12 declara que la situación de una madre subrogante, en lo concerniente a la atribución de un permiso por adopción, no está comprendido en esta Directiva.

Tal declaración trae causa de la petición de concesión de un permiso retribuido equivalente a un permiso de maternidad o un permiso por adopción a raíz del nacimiento del hijo. Este último caso no está comprendido en la Directiva, pero plantea una cuestión importante que ha abierto la puerta a la prestación de permisos, para estos casos, en la jurisprudencia española.

V. REPERCUSIÓN DE LAS SENTENCIAS EUROPEAS EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

A lo largo de este trabajo hemos podido comprobar que los Tribunales del orden social español han sido bastante más flexibles a la hora de reconocer la prestación de maternidad a los supuestos de filiación obtenida por gestación por sustitución que el TJUE tal y como hemos visto en las sentencias dictadas por la Gran Sala el 18 de marzo de 2014 en los asuntos C-167/12 y C/363/12 en que interpretó que el Derecho de la UE no obliga a la concesión de permisos de maternidad a madres subrogantes.

Las Sentencias europeas indican que el permiso de maternidad previsto en el artículo 8 de la Directiva 92/85CEE, tiene la finalidad de proteger la salud de la madre del niño, durante la específica situación de vulnerabilidad derivada de su embarazo. Por ello, necesariamente ha tenido que estar embarazada y ha debido dar a luz, lo que no ocurre en ninguno de los dos casos.

Si bien, las Sentencias señalan literalmente que «esa Directiva no excluye en absoluto la facultad de los Estados miembros para aplicar o instaurar disposiciones legislativas, reglamentarias o administrativas más favorables para la protección de la seguridad y la

salud de las madres subrogantes que hayan tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución, permitiendo que se beneficien de un permiso de maternidad en razón del nacimiento de ese niño».

«Dejan pues en manos del legislador estatal la promoción e instauración de políticas y normas tendentes a la protección de los trabajadores subrogantes que quieran hacer uso de un permiso por maternidad para el cuidado del menor.¹⁹ Asimismo entendemos que los jueces y Tribunales podrán seguir interpretando las normas actualmente existentes en el ordenamiento jurídico español en el sentido de otorgar protección a los supuestos de maternidad subrogada, aunque el trabajador subrogante no haya alumbrado al menor, pues así lo han venido declarando en el entendimiento de que la maternidad subrogada es asimilable a un supuesto de adopción que sí está expresamente amparado por la Ley».

Seguidamente vamos a ver cómo han actuado nuestros Tribunales a partir del 18 de marzo de 2014, una vez que han conocido las Sentencias dictadas por el TJE.

En primer lugar citaremos algunas, en las que según dicen las Salas «se han visto obligadas a acatar el criterio expuesto» por las sentencias de 18 de marzo de 2015 del Tribunal Europeo, con la consiguiente denegación de la prestación por maternidad:

- La sentencia n.º 944/2014, de 13 de mayo de la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco, en la que se estima el recurso de suplicación interpuesto por el INSS contra la sentencia del Juzgado de lo Social n.º Dos de los de Bilbao instado por la actora contra el INSS en la que se le reconoció la prestación por maternidad. En este caso la actora acudió al Condado de San Diego en California (EEUU) al objeto de concertar «una gestación por sustitución» según las técnicas de reproducción asistida y fruto de la cual nacieron dos niños que fueron inscritos en el RCC de España en Los Ángeles. La corte Superior de Justicia de California dictó resolución declarando que la actora era la única progenitora legal de los niños atribuyéndole por ello la custodia legal y física de los mismos.

La Sala dice «Sin embargo en el momento actual existe determinada jurisprudencia por parte del TSJUE, que nos vemos obligados a acatar, visto su origen, en relación a la denominada maternidad por sustitución, y desde el punto de vista del derecho o no a la

¹⁹ CRUCETA A., Comentario sobre las sentencias del TJUE de 18 de marzo de 2014 n.º C-363/2012 y C-167/2012 en relación con los permisos de maternidad en supuestos de maternidad subrogada <<http://blog.ollerosabogados.com>>

prestación aquí también controvertida. Se trata en concreto de dos sentencias ambas del 18-3-2014, asuntos C-1267/12 y C-363-12, respectivamente.

-La Sentencia 612/2014, de siete de julio de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid desestima el recurso de suplicación presentado por la actora contra la sentencia del Juzgado de lo Social n.º 31 de lo de Madrid, 1035/13 en la que se denegaba la prestación de maternidad solicitada al INSS por no ser considerada la gestación de un menor por útero subrogado como situación protegida a los efectos de concesión de la prestación de maternidad. La actora tuvo un hijo por subrogación que inscribió en el Registro Consular de San Diego.

La Sala dijo: «Debe reseñarse que aunque esta Sala, en sentencias que examinaban supuestos análogos al que es objeto de los presentes autos, ha declarado el derecho de la beneficiaria a percibir la prestación de maternidad (Sentencias de 8-10-2012 y 3-3-2012), también debe destacarse que en reciente Sentencia del TSJ del País Vasco de 13 de mayo de 2014 se resuelve en sentido contrario, teniendo en cuenta la reciente jurisprudencia por parte del TJUE recogida en dos sentencias de 18 de marzo de 2014 señalando la citada sentencia del TSJ [...] al momento actual existe determinada jurisprudencia por parte del TSJUE, que nos vemos obligados a acatar, visto su origen, en relación a la denominada maternidad por sustitución y desde el punto del derecho o no a la prestación aquí también controvertida».

La Directiva 92/85 /CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992[...] debe interpretarse en el sentido de que los Estados miembros no están obligados a conferir un permiso de maternidad.

-La Sentencia 319/2015, de 4 de febrero de la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía estima el recurso de suplicación interpuesto por el INSS contra la sentencia del Juzgado de lo Social n.º Dos de Sevilla, autos 634/13 que concedía la prestación de maternidad al actor, el cual estaba casado con otro varón, y la solicitó con motivo del nacimiento de dos niños por gestación por sustitución en San Diego, los cuales fueron inscritos en el Registro Consular de Los Ángeles.

La sentencia de instancia fundaba su razonamiento en una Sentencia del TSJ de Justicia de Madrid de 18-10-12 que examinaba un supuesto análogo y que declaró el derecho de la beneficiaria a percibir la prestación, en efecto, en la misma se reconocía la prestación de maternidad al progenitor solicitante. Y se reconoce posteriormente en un supuesto

análogo de 3-03-13. Sin embargo, en sentencia reciente del mismo TSJ de Madrid de 7-07-2014 se desestima la pretensión, siguiendo al respecto el mismo criterio fijado en una sentencia del TSJ del País Vasco, la cual ha sido transcrita más arriba.

Concluye la sentencia: «Haciendo nuestro el criterio expuesto por las sentencias precedentes citadas, que esta Sala estima correcto, procede, sin necesidad de analizar el resto de cuestiones articuladas por la Entidad Gestora en su recurso, estimar el presente recurso con revocación de la sentencia de instancia y consecuentemente desestimación de la demanda del actor».

A continuación vamos a citar otras sentencias en las que las Salas «no se han visto obligadas a acatar el criterio expuesto por las sentencias de 18 de marzo de 2014 del TJUE», sino que han hecho uso de la facultad que les otorgaba dicha Directiva, y han seguido aplicando nuestra legislación más favorable, pues es obvio que en nuestro ordenamiento hay disposiciones legislativas, reglamentarias o administrativas más beneficiosas que el contenido de mínimos de la Directiva 92/85/CEE de 19 de octubre, la cual establece unas medidas mínimas destinadas a la protección de la salud y la seguridad de la trabajadora embarazada que haya dado a luz o en periodo de lactancia. Por lo que estos Tribunales siguen reconociendo el derecho a disfrutar de la prestación por maternidad.

-La Sentencia 1259/2014 de 7 de julio de 2014, de la Sala de lo Social del TSJ de Las Palmas de Gran Canaria, estima el recurso de suplicación interpuesto por el actor frente a la Sentencia 344/2013 del Juzgado de lo Social Nº 9 de Las Palmas, en la que, a instancia del INSS se desestimaba la prestación por maternidad solicitada por el actor con motivo del nacimiento de dos menores nacidos en Ucrania e inscritos en el Registro Civil consular de Kiev al no existir opción de madre y no encontrarse en ninguna de las situaciones protegidas a efectos de la prestación por maternidad conforme prevé el art.º 133 bis de la LGSS. La madre ucraniana había renunciado al permiso por maternidad.

Pues bien, la Sala trajo a colación la sentencia Nº 216/2013 de 13 de marzo del TSJ de Madrid en la que decía: «Pero es evidente que el derecho a la no discriminación en función de la filiación supone un orden público constitucional supralegal, de modo que el carácter ilegal de una filiación no justifica ningún trato diferenciado[...]La prestación de paternidad o maternidad son técnicas sociales tuitivas del menor, formas de garantizarle una mayor atención, la denegación de la prestación supone en realidad

privarlo de la asistencia y dedicación que a través de la prestación se abona a los padres. Por eso carece de sentido invocar el art. 10 ya que no es una norma reguladora de la prestación por maternidad».

“De todas formas esta Sala ya se ha pronunciado sobre esta prestación-la prestación de esta menor y sus dos progenitores- y este precedente obviamente nos vincula”- Y, seguidamente hace suyo lo dicho en la Sentencia de esa Sala n.º 668/2012.

Continúa la Sala: «Así pues, proyectado lo que antecede y partiendo del relato fáctico de la sentencia de instancia [...] la Sala concluye que, efectivamente la madre biológica, consta haber renunciado a su derecho al descanso por maternidad de su dos hijos. Por lo tanto queda abierta la posibilidad del padre y demandante para optar a solicitar la prestación por maternidad. Y es que, evidentemente, el supuesto aquí enjuiciado debe integrarse en la naturaleza y finalidad de la norma que prevé y regula dicha prestación, pues como se sostiene en las diferentes leyes en materia de conciliación de la vida laboral y familiar y de la efectiva igualdad entre mujeres y hombres, que resultan manifestaciones de lo dispuesto en los arts. 14 y 39 CE1978, no sólo se protege el derecho del padre a disfrutar de su hija e hijo y cumplir, además de sus deberes familiares, sino que, además estará en juego la protección de los propios menores y de la institución de la familia».

«Todo lo cual comporta la estimación del motivo de censura jurídica y por su efecto el presente recurso de suplicación. En consecuencia, revocamos la sentencia de instancia y estimamos la demanda que da inicio al presente procedimiento».

-La Sala de lo Social TSJ de Madrid, en sentencia n.º. 1201/14 de 23 de diciembre estima el recurso de suplicación formulado por el actor contra la sentencia de 27/02/2014 dictada por el Juzgado de lo Social n.º 04 de Madrid a instancia del INSS y TGSS, en reclamación por maternidad.

El actor solicitó la prestación de maternidad derivada del nacimiento de Carlos en Nueva Delhi (India) tras un contrato de maternidad por subrogación, y aportó documentación de prueba sobre el tratamiento de inseminación a que se sometió como padre y sobre la entrega del menor por parte de la persona que dio a luz al menor al padre una vez tuvo lugar el parto, renunciando a sus derechos y obligaciones respecto de tal menor.

En el certificado de nacimiento se reflejó el nombre de la madre y el del actor como padre y se emitió el Libro de familia en el RCC.

Consta que el INSS reconoció al actor soltero la prestación de paternidad, pero le denegó la prestación por maternidad al entender que no concurre ninguna de las circunstancias requeridas en el artº 133bis LGSS, ya que ni es madre por naturaleza, ni ha adoptado al menor ni ha fallecido la madre biológica, por lo que la prestación de maternidad le correspondería a ella.

Aun cuando la gestante apareciera como madre en el RCC y en el Libro de Familia, renunció de forma irrevocable a esta condición jurídica, a nuestros efectos es inexistente dice la Sala, porque todos los derechos y obligaciones derivados de esa condición jurídica se han traspasado al padre. Sin renunciar a la filiación biológica se ha producido una renuncia al ejercicio de la maternidad, a la relación jurídico parental a favor del otro progenitor.

«El derecho fundamental a la reproducción que asiste al actor debe ser respetado plenamente en todas sus facetas incluidas las de la Seguridad Social cuando ese derecho ha sido ejercitado a través de la gestación por sustitución y reconocida la filiación que del mismo deriva».

«Como señala la Sentencia del TEDH de 26 de junio de 2014 en el asunto 65192/11 Menesson, (Francia) a la hora de interpretar las normas y de decir qué interés es prevalente (el del INSS, como institución estatal, denegando la prestación por tener constancia del origen biológico femenino del menor y el de éste como afectado por su decisión) debe atenderse al principio esencial conforme al cual siempre que se trate de un asunto relacionado con un menor, es su superior interés que prevalece.(par.81)²⁰». Dicha sentencia declara que viola el art. 8 del CEDH no reconocer la relación de filiación entre los niños nacidos mediante vientre de alquiler y los progenitores que han acudido a este método reproductivo.

La finalidad de la prestación de maternidad esta relacionada no sólo con el descanso obligatorio y voluntario por el hecho del parto, sino también con la atención o cuidado del menor, que se convierte en elemento prioritario desde el momento en que no sólo se atribuye la condición de beneficiario a la madre sino también al padre, ambos biológicos, y en casos en los que no hay alumbramiento en clara evidencia de que el objeto de la prestación se vincula más con la atención al menor que con el hecho del parto y del descanso físico derivado del mismo.

²⁰ The European Court of Human ECHR 185(2014) de 26-06-2014 <<http://www.echr.coe.int>>

«Precisamente, continúa la sentencia, como consecuencia de nuestra más favorable legislación no puede entenderse aplicable al supuesto de autos la STJUE de 18 de marzo de 2014 citada por el INSS pues es obvio que en nuestro ordenamiento hay disposiciones legislativas, reglamentarias o administrativas más beneficiosas que el contenido de mínimos de la Directiva 92/85/CEE de 19 de octubre, la cual establece unas medidas mínimas destinadas a la protección de la salud y la seguridad de la trabajadora embarazada que haya dado a luz o en periodo de lactancia. Nunca en ese marco de mínimos sería destinatario un padre biológico titular único de la relación jurídica parental como consecuencia de la renuncia de sus derechos de la progenitora biológica y que, a los presentes efectos, no ostenta la condición de titular de derechos en relación con el menor».

El Tribunal estima el recurso de suplicación formulado por el actor reconociéndole la prestación correspondiente al subsidio por maternidad en su calidad de padre monoparental del menor, con derecho a percibir la correspondiente prestación dimanante del nacimiento del menor inscrito como español en el Registro Consular de España en Nueva Delhi, condenando a las codemandadas a su reconocimiento y abono en los términos y cuantías que establece el artº. 133 bis quater de la LGSS, de la que habrá que deducirse el tiempo disfrutado por la prestación de paternidad que en su día fue reconocida.

- La Sentencia número 19/2015 de trece de enero, de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid desestima el recurso de suplicación interpuesto por el INSS y la TGSS contra la sentencia número 229/2014 del Juzgado de lo social n.º Nueve de los de Madrid por la que se concedía una prestación de maternidad.

Según consta en los autos, el demandante, de nacionalidad brasileña es el padre de dos menores nacidos en Nueva Delhi (India), constando inscrito el nacimiento y la filiación paterna en el Registro Civil de Nacimientos, matrimonios y óbitos del Consulado en Brasil en Nueva Delhi. No figura la identidad de la madre ni figura la inscripción de los menores en el Registro Civil español.

Habiendo solicitado la prestación de maternidad, la denegó el INSS por no encontrarse en ninguna situación protegida a efectos de maternidad.

El recurrente denuncia la infracción del artº 133, bis de la LGSS en relación con el 3 del RD 295/2009, de 6 de marzo poniendo de manifiesto que es el padre biológico de los dos menores, de lo que deriva que su nacimiento procede de técnicas de

reproducción humana asistida, fecundación por sustitución , que considera que no puede tener a acceso a las prestaciones de maternidad porque no se encuentra en ninguno de los supuestos legales al no ser madre por naturaleza, parto natural o biológico , ni ha adoptado a los menores al ser su padre biológico, ni ha fallecido la madre biológica[...] y señala que ello no conculca el artº. 14 de la CE, dado que los beneficiarios no son los menores sino los trabajadores , ni hay trato discriminatorio dado que la maternidad por parto esta reservada a la madre , remitiéndose a la jurisprudencia del Tribunal Europeo y del Tribunal Supremo.

Dice el Tribunal «Esta Sala y Sección se ha pronunciado en un supuesto semejante en sentencia 13-03-2013 , nº. 216/2013 y las que en ella se citan y que dice así:

[...] es evidente que el derecho a la no discriminación en función de la filiación supone un orden público constitucional supralegal, de modo que el carácter ilegal de una filiación no justifica ningún trato diferenciado.

La Sentencia y la Entidad Gestora desenfocan totalmente el núcleo jurídico comprometido en este litigio.

La prestación de paternidad o maternidad son técnicas sociales tuitivas del menor, formas de garantizarle una mayor atención, la denegación de la prestación supone en realidad privarlo de la asistencia y dedicación que a través de la prestación se abona a los padres. Por eso carece de sentido invocar el art. 10 ya que no es una norma reguladora de la prestación por maternidad.»

Y, en la Sentencia de la misma Sala nº. 668/2012 ya se dijo lo siguiente:

La sentencia de instancia ha fundado su criterio en que el actor no ha alumbrado a la menor y que no consta que la haya adoptado, habiendo reconocido éste que la madre biológica fue una mujer que la gestó por encargo, siendo el contrato nulo de acuerdo con el artº. 10 Ley de TRHA y que la filiación de estos menores viene determinada por el parto.

Cabe concluir que la licencia de maternidad se concibió para proteger a las trabajadoras durante el periodo de embarazo y de recuperación después del parto , teniendo como finalidad cuidar de la salud de la mujer trabajadora y la de su hijo durante el periodo inmediatamente anterior o posterior al de su nacimiento.

Junto a esa licencia y también relacionada con el nacimiento o la llegada al hogar de un hijo, natural o adoptivo, se establecen licencias parentales que tienen por objeto la atención del mismo y la conciliación de las responsabilidades familiares con la ejecución de una actividad profesional remunerada y que atienden a otras finalidades.

Hay pues dos situaciones que deben diferenciarse con la llegada de un hijo al núcleo familiar, generador de ese derecho de licencia de maternidad o paternidad: a) la de parto, como causa de suspensión del contrato, que sólo corresponde a la madre que ha gestado y ha dado a luz y b) la situación sin parto de los otros progenitores en el grado que corresponda.

Además el TSJ «como mero colofón dialéctico indica que es «difícilmente asumible, por repugnar a la lógica más primaria, que se deniegue la prestación al actor en sus descritas circunstancias cuando se le reconocería *ex lege* si él y su pareja se hubiesen limitado a adoptar o acoger a un menor», solución que sería contraria tanto al espíritu como al contenido general de L.O. 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres».

El Tribunal desestima el recurso de suplicación formalizado por el INSS y la TGSS en reclamación de maternidad y confirma la resolución impugnada concediendo la prestación de maternidad.

.-Por último, la Sentencia 292/2015 de treinta de marzo de la Sala de lo Social del TSJ de Murcia, desestima el recurso de suplicación interpuesto por el INSS contra la sentencia nº. 155/204 del Juzgado de lo Social nº. 2 de Murcia sobre seguridad social. En 2013 nacieron dos hijos biológicos y mellizos del demandante en Nueva Delhi, en virtud de un contrato de gestación por sustitución. Los hijos fueron inscritos en el Registro Consular español en Nueva Delhi con sujeción a los requisitos establecidos en la legislación de Registro Civil española y concretamente conforme a la Instrucción 5/10/2010, de la DGRN, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

En el Libro de familia aparece el nombre de la madre biológica.

Ante notario, estipularon el actor y la madre biológica que ésta, de manera expresa, libre y voluntaria, rehusaba el ejercicio de cualquiera de las funciones inherentes a los derechos como madre, dando su consentimiento al padre biológico para ejercer con exclusividad la guardia y custodia de los hijos, así como todas las funciones parentales y obligaciones en tanto que padre genético, natural y único progenitor legal de los menores. Así mismo estipularon que el accionante sería el único beneficiario de cualquier prestación o subsidio que se pudiera solicitar en España, incluido el permiso laboral para cuidar de los menores durante sus primeros meses de vida al ser el

accionante el único que los cuida, constituyendo su único apoyo económico y emocional desde el nacimiento.

Pues bien, el actor solicitó y obtuvo de su empresa el permiso de maternidad de 18 semanas para el cuidado y protección de su hijos . También solicitó al INSS el abono de la prestación económica de maternidad por el descanso maternal ya iniciado. El INSS la denegó por no encontrarse en ninguna de las situaciones protegidas de acuerdo con el artº. 133bis de la Ley GSS. Contra esta resolución presentó reclamación previa, la cual fue desestimada presentando demanda ante el Juzgado de lo social , cuya sentencia favorable al demandante motivó el posterior recurso de suplicación interpuesto por el INSS, basado en la infracción del artº. 133 bis, en relación con los arts. 2 y 3 del RD 295/2009, de 6 de marzo, artº. 10 de la Ley 14/2006 y las sentencias del TJUE citadas por la parte recurrente, «al entender que la sentencia recurrida ha ampliado el campo de aplicación de los preceptos que se estiman infringidos, al reconocerse una prestación no prevista en norma legal o reglamentaria alguna, concretamente la prestación económica por maternidad al padre biológico, pudiendo acceder a la misma solamente la mujer, sin que ello suponga desigualdad de trato».

«Para el TSJ de Murcia, la nulidad con la que la ley de reproducción humana asistida sanciona al contrato de gestación por sustitución tiene la finalidad de proteger a la madre biológica y no elimina la posibilidad de recibir la prestación por maternidad por el padre biológico. Éste podrá disfrutar la prestación cuando, como ocurre en la presente situación, la madre no tuviera derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestación. Tanto la suspensión del contrato de trabajo como la prestación por maternidad se establecen en razón al interés que requiere de una especial atención, tanto en los supuestos de parto, como en los de adopción o acogimiento, por los que en este supuesto, entiende el Tribunal, se da una razón adicional para conceder ambos derechos dado que el padre era el único que tenía atribuida la custodia y no convivía con la madre biológica.

Esta sentencia sigue la misma línea jurisprudencial que numerosos tribunales de lo Social, aunque lo más frecuente es que estos recurran a argumentos de semejanza de la maternidad subrogada como la adopción o el acogimiento, por tratarse de situaciones protegidas por la LGSS.

En el presente supuesto no se hace necesario acudir a estas analogías al tener el demandante acreditada la condición de padre biológico y encontrarnos con una madre que no puede disfrutar de estos derechos. En cualquier caso, hay que destacar que llama

la atención el hecho de que se concedan efectos jurídicos a un contrato que nuestra legislación califica como nulo y que el Tribunal Supremo considera contrario a nuestro orden público internacional.

Según el Tribunal Supremo, en sentencia de 6 de febrero de 2014, no puede disociarse el contrato de gestación por sustitución de lo que es una consecuencia directa de éste, como la inscripción de la filiación en el Registro Civil español, argumento que podría aplicarse a otros efectos jurídicos como el derecho a la prestación por maternidad.

La Instrucción de 5 de Octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, quedó anulada en la práctica a raíz de la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014.

El TJUE en las Sentencias de 18 de marzo de 2014, Asunto C-167/12 y Asunto C-363/12, interpretó que la Directiva 92/85 del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE), no obliga a la concesión de permisos de maternidad a madres subrogantes, si bien tampoco excluye la posibilidad de que los Estados miembros puedan establecer disposiciones más favorables para la protección de las mismas.

La prestación por maternidad está íntimamente ligada a la suspensión del contrato de trabajo, puesto que aquélla se percibirá durante los períodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48.4 ET, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo (art. 133 bis LGSS).

En dicho precepto se establece que la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables en el supuesto de parto múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo. En el caso de que la madre no tuviese derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones de acuerdo con las normas que regulen dicha actividad, el otro progenitor tiene derecho a suspender su contrato de trabajo por el periodo que hubiera correspondido a la madre, lo que será compatible con el ejercicio del derecho a la suspensión del contrato de trabajo por paternidad (art 48.4 ET).

En el artículo 133 ter de la LGSS se indica que serán beneficiarios de la prestación por maternidad los trabajadores por cuenta ajena, que disfruten de aquella suspensión en su

contrato de trabajo y cumplan los requisitos legales y reglamentarios, «cualquiera que sea su sexo».²¹

Tal es la situación en la que se encuentra el demandante, ya que la madre de sus hijos no tiene derecho a la suspensión del contrato de trabajo, de modo que, de conformidad con la regulación legal y reglamentaria existente en España, el derecho que correspondería a ésta puede ser ejercido por el padre.

«Tanto la suspensión del contrato de trabajo como la del disfrute de la prestación por maternidad se establecen para hacer efectiva la igualdad entre mujeres y hombres y en razón a la especial atención que requiere el recién nacido, por lo que, en el presente caso existe una razón adicional para conceder al actor el derecho a la suspensión y prestación por maternidad, dado que es éste el que tiene la custodia de los hijos y no convive con la madre biológica como así se constata en hechos probados de la sentencia de instancia»

La sentencia recurrida en cuanto concede al actor el derecho a disfrutar la prestación por maternidad, no vulnera los principios que se denuncian como infringidos, en concreto el 133 bis de la LGSS y 2 y 3 del RD 295/2009, por lo que se desestima el recurso de suplicación y se confirma la sentencia recurrida, reconociendo al actor el derecho a percibir la prestación por maternidad.

²¹ DIAGO DIAGO M^a P., “Se concede la prestación por maternidad al padre de dos mellizos nacidos por gestación por sustitución(STSJ de Murcia, 30 de marzo de 2015) <http://www.plataformamillennium.com> Actualidad.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

Los avances científicos y tecnológicos de las últimas décadas, han permitido el desarrollo de las técnicas de reproducción humana asistida como una solución al problema de la infertilidad, cobrando especial interés la gestación por sustitución que, con apoyo en dichas técnicas y propiciada por el actual contexto social, ha llegado a convertirse en un fenómeno global de alcance internacional, ampliando su ámbito subjetivo a personas que ni siquiera padecen problemas de esterilidad como parejas homosexuales, o personas en solitario de cualquier sexo.

En nuestro país a pesar de no estar permitida esta práctica, cada vez son más las personas que “burlando” nuestra legislación se trasladan a otros países que disponen de leyes más permisivas para poder ejercitar sus derechos procreativos o reproductivos con el fin de formar una familia. ¡Se ha puesto de moda ser padres!

La gestación por sustitución está superando a la adopción como alternativa a la paternidad o maternidad biológica, pues según las agencias de gestación subrogada que funcionan en España, durante el pasado año, 1.400 parejas recurrieron a esta técnica de reproducción asistida y sólo 1.188 las que lograron adoptar en el extranjero según el Ministerio de Sanidad, lo que representa un 60% menos que en 2009.

La filiación en nuestro Derecho continua determinándola el parto, siguiendo el aforismo latino *mater Semper certa est*, sin considerar hoy en día que esta máxima romana ha sido rota por la práctica de la gestación por sustitución, en la que la madre de deseo a pesar de haber aportado su material genético carece del derecho a reclamar la maternidad y ello debido a que el legislador español da prevalencia a la maternidad de gestación sobre la maternidad genética, basándose para ello en la estrecha relación psicofísica que une a la madre con el futuro descendiente durante los meses de embarazo.

Parece a primera vista incongruente que, por una parte nuestro ordenamiento jurídico prohíba esta práctica y por otra la proteja, admitiendo diferentes sistemas de convalidación de efectos una vez realizada la gestación por sustitución en los países que lo permiten, eso sí, lo hace siempre con el fin de proteger el interés del menor. Llama enormemente la atención que se concedan efectos jurídicos a un contrato que nuestra legislación califica como nulo y que el Tribunal Supremo considera contrario a nuestro orden público internacional. Si bien, existen mecanismos de Derecho

Internacional Privado que pueden ser utilizados para consagrar la justicia del caso concreto que debe girar en torno a la protección del interés del menor.

Una vez determinada la filiación a favor del contratante de la gestación, uno de los principales problemas que plantea es el reconocimiento de la prestación por maternidad. La situación de filiación generada por la gestación por sustitución no está contemplada en nuestro Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Dado que esta técnica posibilita que se reconozca la filiación a favor de un único varón, figurando como único progenitor una vez reconocida registralmente dicha filiación es cuando se plantea una situación *sui generis* respecto al disfrute de los permisos laborales de maternidad, paternidad (por no estar previsto en la legislación) y a la recepción de la prestación, la cual no se produciría si fuera una mujer.

La prestación de maternidad esta prevista sólo para los casos de maternidad, adopción o acogimiento.

Considerando que en la redacción literal del precepto se utiliza el término “maternidad” sin acompañamiento de adjetivo calificativo alguno, puede intuirse que legislador se refiere a la maternidad en sentido amplio, sin distinción en cuanto a maternidad biológica o a la obtenida mediante técnicas de reproducción humana asistida, dentro de la cual incluiríamos la gestación por sustitución, siempre y cuando la inscripción registral del nacido en el extranjero se encontrara plenamente convalidada en España y aplicando el principio latino *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* - Donde la ley no distingue, nosotros no debemos distinguir-.

Algunos profesionales del derecho creen que nos encontramos ante una laguna legal y no queda otra que aplicar la analogía, considerando los jueces y tribunales que la gestación por sustitución es una forma más de maternidad, superando así la estricta literalidad de la previsión normativa, tanto si la contrata una pareja heterosexual, homosexual o una persona en solitario con independencia de su género masculino o femenino, en contra del criterio de la Seguridad Social y atendiendo al interés del menor y al principio de no discriminación en función de la filiación.

Puede afirmarse que la prestación por maternidad, inicialmente concebida «con la doble finalidad de, por un lado atender a la salud de la mujer trabajadora en la fase de embarazo, parto y puerperio y, por otro, atender los primeros cuidados del recién nacido, en los últimos tiempos ha tornado, en términos generales, primando la segunda sobre la primera».

Pues bien, frente a la línea jurisprudencial seguida hace poco por los Tribunales sociales españoles, destacan dos sentencias del TJUE de 18 de marzo de 2014, (Asuntos C-167/12 y C-363/12) en las que este resuelve de manera negativa respecto a la concesión, interpretan que el Derecho de la UE no obliga a la concesión de permisos de maternidad a madres subrogantes. La Directiva 92/85 del Consejo, de 19 de noviembre, debe interpretarse en el sentido de que los Estados miembros no están obligados a conferir permisos de maternidad a trabajadoras que han tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución.

El Tribunal opta por esta interpretación biológica, al entender que la finalidad de dicha norma es proteger la salud de la madre del niño durante la específica situación de vulnerabilidad derivada de su embarazo y que, por tanto, la beneficiaria necesariamente ha tenido que estar embarazada y haber dado a luz.

El TJUE dice que “esa Directiva no excluye en absoluto la facultad de los Estados miembros para aplicar o instaurar disposiciones legislativas, reglamentarias o administrativas más favorables para la protección de la seguridad y la salud de las madres subrogantes que hayan tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución, permitiendo que se beneficien de un permiso de maternidad en razón del nacimiento de ese niño”.

Tras este inciso, entendemos que los jueces y tribunales, a partir de la publicación de esta sentencia podrán seguir interpretando las normas actualmente existentes en el ordenamiento jurídico español en el sentido de otorgar protección a los supuestos de gestación por sustitución, aunque el trabajador padre-subrogante no haya alumbrado al menor, pues así lo han venido declarando al entender que la maternidad subrogada es asimilable a un supuesto de adopción que sí está expresamente amparado por la Ley. Pero no todos nuestros Tribunales lo han entendido así, pues algunos se han sentido obligados, a mi modo de ver erróneamente, a acatar el criterio expuesto por esas sentencias, denegando la prestación por maternidad; otros sin embargo, han hecho uso de la facultad que les otorgaba dicha Directiva, y han seguido aplicando nuestra legislación más favorable, pues es obvio que en nuestro ordenamiento hay disposiciones más beneficiosas que el contenido de mínimos de la Directiva 92/85/CEE de 19 de octubre.

Siendo consciente de que, ni la prohibición expresa ni el silencio de la ley, evitan que se realice la práctica de la gestación por sustitución, se siguen generando conflictos que

podían evitarse con una regulación legal que controlara esta práctica y resolviera los problemas que ocasiona, satisfaciendo ante todo, el interés superior del menor.

En este sentido, quizás resulte adecuado la solución de que la portavoz de UPyD, considerando la necesidad de adaptar este tipo de maternidad a la evolución social, que no puede verse frenado por la inacción política, ha presentado el 10 de febrero de 2015 una proposición no de ley para “despenalizar esta práctica y articular en el marco legislativo correspondiente la gestación subrogada así como «promover en el marco de la Unión europea una regulación común de la maternidad subrogada y de los acuerdos de subrogación transfronterizos».

El legislador no puede dar la espalda a esta realidad, pues aunque cabalgue por detrás de las controversias surgidas en la sociedad, cada vez más transfronteiza debe afrontarlas, reconociéndolas y dando soluciones coherentes y no contradictorias a los ciudadanos.

Y qué razón tenía el filósofo alemán Friedrich von Schiller cuando ya en el siglo XVIII dijo :

“No es la carne y la sangre, sino el corazón, lo que nos hace padre e hijos”

VII. BIBLIOGRAFÍA Y REFERENCIAS DOCUMENTALES

- **Revistas:**

DIAGO DIAGO M^a P., “Igualdad de trato entre los trabajadores y las trabajadoras: negativa a concederle a una madre subrogante un permiso retribuido equivalente a un permiso de maternidad o a un permiso de adopción. Revista Jurídica de Cataluña Nº 3 ,2014 ,pp 256-262

HIERRO HIERRO J., ”Gestación por sustitución y prestación de maternidad” Revista Doctrinal Aranzadi Social Nº 6/2012 octubre pp 53-59

SELMA PENALVA A., “Los nuevos retos de la prestación por maternidad ante los avances médicos en materia de reproducción asistida”. Revista Internacional de Investigación en Bioderecho. Bioderecho.es Vol 1, num1, 2014 y “Vientres de alquiler y prestación por maternidad” Revista Doctrinal Aranzadi Social num. Vol 5 nº 9 Enero 2013. pp 223-244.

- **Legislación:**

Código de Familia de Ucrania (Vidomosti Verkhovnoi Rady (RVM), 2002, n ° 21 - 22, p 135.) (Así reformado por la Ley N ° 407-IV (407-15) de 26 de diciembre de 2002, VVR,2003, n ° 7, p.70) art. 132.2

Código Civil francés, Título Primero CAPITULO II Del respeto del cuerpo humano artículo n° 16.7 (introducido por la Ley no 94-653 de 29 de julio de 1994 art. 1 I, II, art. 3 Diario Oficial de 30 de julio de 1994)

Constitución Española, 1978

Constitución Federal Suiza de 18 de abril de 1999, art. 119.2.

Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988

Convención sobre los derechos del Niño 20 de noviembre de 1989 y entró en vigor el 2 de septiembre de 1990

Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación

Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación

Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada que haya dado a luz o en periodo de lactancia

ET aprobado por RDL 1/1995, de 24 de marzo

Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la reforma de la función pública

La ley alemana 745/90 de 13 de diciembre, art. 1 sobre “utilización abusiva de técnicas de reproducción

LPRL 31/1995, de 8 de noviembre, y ampliada por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras

la Ley 39/1999 de 5 de noviembre de Conciliación de la Vida laboral y familiar

Ley italiana 40/19-02/2004 “Normas sobre la procreación médicamente asistida) art. 12.6

Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (LTRHA)

Ley de Reproducción humana asistida Canadá

Ley 20/2011, de 21 de julio del Registro Civil

Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil

RDL 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la LGSS

Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres

RD 295/2009 de 6 de marzo por el que se regulan en nuestro ordenamiento jurídico las prestaciones económicas por maternidad y paternidad.

- **Jurisprudencia:**

Sentencia del TSJ de Castilla-León 539/2010, de cinco de mayo. CENDOJ

Sentencia del Juzgado de lo Social de Oviedo 212/2012, de nueve de abril. CENDOJ

Sentencia del TSJ de Oviedo 2320/2012, de 20 de septiembre. CENDOJ

Sentencia del TSJ de Madrid 668/2012, de 18 de octubre. CENDOJ

Sentencia del TSJ de Cataluña 7985/2012 de 23 de noviembre. CENDOJ

Sentencia del TSJ de Madrid 216/2013 de trece de marzo. CENDOJ

Sentencias del TJUE de 18 de marzo de 2014 nº C-363/2012 y C-167/2012. Curia.europa.eu

Sentencias del TEDH de fecha 26 de junio de 2014, en los asuntos 65192/11 (Mennesson) y 65941/11 (Labassee)

Sentencia nº 944/2014, de 13 de mayo de la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco. CENDOJ

Sentencia 612/2014, de 7 de julio de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid. CENDOJ

Sentencia número 19/2015 de trece de enero, de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid- CENDOJ

Sentencia 319/2015, de 4 de febrero de la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía. CENDOJ

Sentencia 292/2015 de treinta de marzo de la Sala de lo Social del TSJ de Murcia. CENDOJ

Sentencia nº. 1201/14 de 23 de diciembre, de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid. CENDOJ

Sentencia 1259/2014 de 7 de julio de 2014, de la Sala de lo Social del TSJ de Las Palmas de Gran Canaria. CENDOJ

- **Recursos de Internet:**

BRUNET L., CARRUTHERS J., DAVAKI K., KIN D., MARZO C., MACCANDLESS J. “El régimen de subrogación en los Estados miembros de la UE.” PE474.403 Dirección General de Políticas Interiores Departamento Temático C: Derechos de los ciudadanos y asuntos constitucionales mayo 2012 <<http://www.europarl.europa.eu/studies>> 3/3/2015

BRUNET L., DAVAKI K., MCCANDLESS J., NARMINIO E., “Estudio comparativo sobre el régimen de gestación por sustitución en los Estados miembros de la UE” .PE462.488. Dirección General de Políticas Interiores. Departamento Temático C: Derechos de los ciudadanos y asuntos constitucionales. Noviembre 2012. <http://www.europarl.europa.eu/studies> 3/3/2015

CRUCETA A., Comentario sobre las sentencias del TJUE de 18 de marzo de 2014 nº C-363/2012 y C-167/2012 en relación con los permisos de maternidad en supuestos de maternidad subrogada <http://blog.ollerosabogados.com> 7/2/2015

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf> 3/3/2015

DIAGO DIAGO Mª P., “Se concede la prestación por maternidad al padre de dos mellizos nacidos por gestación por sustitución (STSJ de Murcia, 30 de marzo de 2015) <http://www.plataformamillennium.com> Actualidad. 4/5/2015

Document préliminaire N° 3 A de février 2015 à l’attention du Conseil de mars 2015 sur les affaires générales et la politique de la Conférence. Le Project Filiation/Maternité de substitution: Note de mise à jour. Conferencia Derecho Internacional Privado de La Haya. <<http://www.hcch.net/upload>> 3/3/2015

HERNANDEZ RODRIGUEZ A., “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿Hacia una nueva regulación legal en España?” Cuadernos de Derecho Transnacional, vol 6, N° 2- octubre 2014 pp 147-174 < www.uc3m.es/cdt > 27/12/2014

<http://www.hcch.net/upload/wop/gap2012pd10fr.pdf>>

RAPPORT
PRÉLIMINAIRE SUR LES PROBLÈMES DÉCOULANT DES

CONVENTIONS DE MATERNITÉ DE SUBSTITUTION À CARACTÈRE INTERNATIONAL 3/3/2015

<-www.hcch.net/index> Les questions de droit international privé concernant le statut des enfants, nitamment celles decécoulant des conventions de maternité de substitution à caractère international 3/3/2015

The European Court of Human ECHR 185(2014) de 26-06-2014
<http://www.echr.coe.int.> 8/3/2015

VAQUERO LOPEZ,C, “Maternidad subrogada, orden publico y Ley del Registro Civil <http://civil.blogs.lexnova.es> 3/3/2015