Maternidad subrogada y prestaciones de maternidad y paternidad

Surrogacy and performance maternity and paternity leave

ÁNGEL ARIAS DOMÍNGUEZ

PROFESOR TITULAR (ACREDITADO A CATEDRÁTICO) DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE EXTREMADURA

Resumen

La filiación, por naturaleza o por adopción, determina el acceso a determinadas prestaciones de seguridad social, singularmente a las de maternidad y paternidad. Las posibilidades actuales de realizar inscripciones registrales en donde conste como progenitores sujetos que no son tales en términos biológicos ni jurídicos, dificulta la posibilidad de que se lucren estas prestaciones de seguridad social. El estudio pretende exponer, de un lado, cómo ha ido evolucionando la concesión de dichas prestaciones, para intentar, de otro, perfeccionar unas breves propuestas de *lege ferenda*.

Abstract

Filiation by nature or by adoption, determines access to certain social security benefits, singularly to maternity and paternity. Current possibilities for registrations in stating as parents are no such subjects in biological nor legal terms, hinders the possibility that these social security benefits are profiting. The study aims to expose the one hand, how it has evolved granting such benefits to try, another, concoct some brief proposals for future regulation.

Palabras clave

Maternidad subrogada. Prestaciones de maternidad y paternidad de la seguridad social.

Keywords

Surrogacy maternity. Maternity and paternity social security

1. INTRODUCCIÓN

Al ordenamiento jurídico no le es extraño que una concreta situación fáctica o jurídica pueda calificarse de distinta manera para diferentes sectores del ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, determinados rendimientos económicos del trabajo asalariado pueden calificarse como actividad profesional desde el punto de vista tributario, lo que, al menos *prima facie*, nos situaría en la cercanía de una relación productiva intransitiva, y ser consideradas simplemente salario desde el punto de vista laboral. Más sencillamente, un accidente *in itinere* puede ser considerado como de trabajo para el ámbito laboral y no serlo a efectos indemnizatorios civiles.

Por eso, en principio, nada tiene de extraño que quienes sean padres por un mecanismo de gestación subrogada puedan intimar el disfrute de una prestación de maternidad o paternidad, aun no siendo ni progenitores biológicos ni por adopción, que son los títulos por los que –en principio– se conceden, desde el punto de vista de protección social, estas prestaciones.

Para apreciar qué es la gestación subrogada, analizar sus características fundamentales y poder apreciar si, *mutatis mutandis*, puede asimilarse a una filiación natural o por adopción a efectos del lucro de las prestaciones de paternidad y maternidad, debemos partir del análisis de la primera resolución que en nuestro ordenamiento jurídico aborda esta cuestión al más

alto nivel jurisdiccional, la STS (1ª) de 6 de febrero de 2014 (núm. 835/2013) que, dicho de entrada y sin ambages, niega la consideración de progenitores a los, como la propia resolución denomina, “*padres intencionales*”.

2. LA FILIACIÓN EN SUPUESTOS DE MATERNIDAD SUBROGADA: LA STS (1ª) DE 6 DE FEBRERO DE 2014 (NÚM. 835/2013) Y SU LECTURA LABORAL

La sentencia aborda una cuestión comprometida y novedosa. Si es posible, para el ordenamiento patrio, inscribir en el registro civil a un menor nacido en el extranjero mediante un contrato de maternidad subrogada con la filiación de los firmantes del contrato de vientre de alquiler, con la filiación completa (progenitor A y B) de los padres intencionales.

Teniendo presente, para enmarcar el supuesto de hecho en su justa proporción y deducir de él las consecuencias oportunas, que ninguno de los progenitores es padre o madre biológico del recién nacido. Porque, como la propia sentencia deja muy claro, la cuestión controvertida deja “*a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico*”. Es decir, el supuesto de hecho parte de la base de que ninguno de los dos ‘padres intencionales’ es el padre biológico de los menores, por lo que la respuesta a contestar es: ¿cuál es la filiación de un recién nacido de un contrato de maternidad subrogada en el que ninguno de los dos padres intencionales ha aportado el material biológico determinante para el nacimiento?

Los hechos enjuiciados son, en principio, sencillos de exponer. Dos varones casados entre sí pretenden realizar una inscripción de nacimiento (en el Registro Civil Español) de dos hijos nacidos en el Estado norteamericano de California mediante la técnica de “*gestación por sustitución*”, aportando para ello los certificados de nacimiento de los menores de la autoridad registral californiana en la se concretaba que ambos niños eran hijos de los solicitantes. El encargado del registro consular denegó en una primera instancia la inscripción solicitada. Interpuesto el recurso administrativo correspondiente la Dirección General de los Registros y del Notariado revocó (por Resolución de 18 de febrero de 2009 [RJ 2009\1735]) la decisión del encargado del registro consular y procedió a la inscripción en el Registro Civil del nacimiento de los menores. Entiende la resolución de la Dirección General que esta solución no vulnera el orden público español, evita una discriminación por razón de sexo y protege eficazmente el interés del menor¹.

El argumento central de la demanda impugnatoria del Ministerio Fiscal de esta Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado es que la decisión adoptada por el Derecho de California de considerar padres al matrimonio (de personas del

¹ Entiende, esencialmente, en su FJco 5º que la decisión que adopta “*no vulnera el orden público internacional español ya que también en Derecho español se admite la filiación a favor de dos varones en casos de adopción, sin que queda distinguir entre hijos adoptados e hijos naturales*”, y que también se permite que “*la filiación de un hijo conste en el Registro Civil a favor de dos mujeres, personas del mismo sexo*”.

El interés superior del menor se deduce tanto de los textos internacionales signados por España en materia de protección de menores, como, sobre todo, del derecho del menor a tener una “*identidad única*”, apoyándose en varias resoluciones del TJUE, lo que se traduce, desde un punto de vista operativo, en el derecho de los “*menores a disponer de una filiación única válida en varios países, y no de una filiación en un país y de otra filiación distinta en otro país, de modo que sus padres sean distintos cada vez que cruzan una frontera*”.

mismo sexo, aunque esta circunstancias en este momento es indiferente) vulnera la normativa española, singularmente la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Dicha norma prevé en su art. 10.1 que “*Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero*”, precisando en su inciso segundo que “*La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto*”.

Tanto la sentencia de primera instancia que resuelve este recurso (SJ1ª instancia núm. 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010 [JUR 2012\42325]) como la de apelación (SAP de Valencia, de 23 de noviembre de 2011 [AC 2011\1561]) entendieron que lo más acorde a nuestro ordenamiento jurídico era dejar sin efecto la inscripción de nacimiento realizado en el Registro Civil Consular de Los Ángeles de los dos menores cuya filiación concretaba que eran hijos de los (ahora) recurrentes.

Frente a la sentencia de apelación se impetra por los padres intencionales el recurso de casación que resuelve la sentencia que ahora se comenta. Los motivos del recurso se apoyan en tres argumentaciones jurídicas muy esquemáticas pero de profunda enjundia jurídica.

En primer lugar, en que no permitir la inscripción en el Registro Civil español de la filiación por naturaleza de los menores nacidos al amparo del contrato de gestación por sustitución a favor de dos varones resulta discriminatorio. En segundo lugar, que privar de la filiación a los menores vulnera el interés de los menores, en la medida en que les queda desprotegidos jurídicamente, teniendo los menores derecho a una identidad única. Y, en tercer lugar, que lo que prohíbe la Ley de Reproducción Humana Asistida es prestar consentimiento en España para la formalización de un contrato de gestación por sustitución, “*pero no el acceso al Registro Civil español de la filiación resultante de tal contrato, que es una consecuencia última y periférica del contrato*”.

Dejando al margen el reconocimiento para nuestro ordenamiento de la decisión jurídica extranjera (al que la resolución del TS, como no podía ser de otra manera, concede singular importancia)², interesa analizar la existencia de discriminación, y, sobre todo, el argumento del interés superior del menor, pues el que puede servir para construir un andamiaje conceptual en el que apoyar el acceso a dichas prestaciones a los “*progenitores intencionales*”, ya que es indudable que las prestaciones de paternidad y maternidad tienen a proteger, –no sólo un estado de necesidad por exceso de gastos o ausencia de ingresos– al recién nacido.

Con respecto a la existencia de discriminación entienden los recurrentes que la negativa a la inscripción de la filiación por naturaleza de los menores es discriminatoria por razón de sexo, en la medida en que sí es viable y perfectamente posible la inscripción a favor de dos mujeres en el caso de que una de ellas se someta a un tratamiento de reproducción

² Sobre estas consecuencias es fundamental la lectura de CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., y CALVO CARAVACA, A. L.: “Gestación por sustitución y Derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 7, núm. 2 (2015), pp. 45 y ss.

humana y la otra mujer sea su cónyuge, según se prevé en el inciso tercero del art. 7 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, dedicado a concretar la “*Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida*”³.

El TS entiende, de manera nítida, que los supuestos de hecho son muy diferentes, y, de manera muy particular, que la causa de la denegación de la inscripción de la filiación no es que los solicitantes sean varones, sino que la filiación pretendida trae causa de una gestación por sustitución. De manera muy gráfica subraya que la solución habría sido idéntica tanto si los contratantes hubieran sido un matrimonio homosexual integrado por mujeres, como si hubiera sido un matrimonio heterosexual, o simplemente una pareja de hecho. El argumento para denegar la filiación es, sencillamente, la existencia de un contrato de maternidad subrogada, acuerdo contractual nulo en nuestro ordenamiento jurídico.

El argumento central en el que los recurrentes apoyan su pretensión es en el dato, incontrovertido, de que a los menores ya se les ha reconocido –en California– una filiación concreta y determinada a su favor, y que privarles de ella anulando el asiento registral practicado por imperativo de la decisión de la Dirección General de los Registros y del Notariado les sitúa en una situación de desprotección, pues los textos internacionales de protección del menores subrayan la necesidad de que los menores tengan una filiación única.

El TS no atiende a esta argumentación y anula la Resolución, esencialmente por entender que la ponderación de los demás bienes jurídicos en juego: la integridad moral de la mujer gestante, la evitación de la explotación del estado de necesidad en que puedan encontrarse mujeres jóvenes, y la proscripción, en general, de la mercantilización de la gestación y la filiación, aconsejan adoptar una decisión que tenga en cuenta estos intereses, aunque ello cause –es perfectamente consciente la resolución e ello– algún “*perjuicio para la posición jurídica de los menores*”. La resolución deja muy claro que la decisión que se ha adoptado con respecto a la filiación no tiene consecuencias (ni mucho menos interferencias) en la integración de los menores en el núcleo familiar constituido por los recurrentes, por lo que no quedan en una situación de desprotección, con lo que ello conlleva desde un punto de vista práctico.

Un aspecto muy singular de la sentencia del TS es que no determina en su fallo cuál es la filiación de los menores, ni dan cauces para concluir cómo se concreta ésta, sino que únicamente se intima del ministerio fiscal que “*ejercite las acciones pertinentes para determinar en la medida de lo posible la correcta filiación de los menores*”⁴.

³ Tras la inclusión de un tercer inciso en ese precepto por obra de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.

Ahora con la nueva redacción dada al inciso de referencia por el apartado uno de la disposición final quinta de la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, todavía se aprecia este mandato jurídico con mayor claridad y precisión, pues se dispone expresamente que “*Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiste en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge*”.

⁴ Un comentario a la resolución es el de VELA SÁNCHEZ, A. J.: “Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución no pueden ser inscritos en el Registro Civil Español”, La Ley, núm. 8279, de 26.3.2014, versión electrónica: LA LEY 1264/2014.

Tras dicha sentencia, y sin duda alguna con el propósito de aclarar cómo debía procederse a inscribir la filiación en supuestos de maternidad subrogada, se evacuó por la Dirección General de los Registros y del Notariado la Instrucción de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución en donde al menos uno de los progenitores sea español (RCL 2010\2624). Lo esencial de la resolución es que para la inscripción del menor se exige que se aporte la resolución judicial dictada por un Tribunal extranjero competente en la que se determine con claridad la filiación del nacido, debiendo ser objeto de exequátur y debiendo aportarse éste a la solicitud de inscripción. De manera muy contundente se regula un procedimiento para el acceso al registro de la resolución judicial extranjera que tuviera su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria. Y se garantiza que en ningún caso acceden directamente al registro certificaciones registrales extranjeras o simples declaraciones acompañadas de certificaciones médicas. Se necesita siempre y en todo caso una resolución judicial extranjera.

Por su parte la Resolución núm. 5/2011, de 23 de septiembre, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (JUR 2012\168314) entiende que es inscribible en el Registro Español el nacimiento en el extranjero por esta técnica de gestación por sustitución cuando existe resolución judicial dictada por órgano judicial competente en la que conste la filiación del menor, siempre que conste el libre consentimiento y la renuncia de la mujer gestante y se acredite que no se ha producido una vulneración del interés del menor. Muy interesante en esta Resolución es su Fundamento de Derecho quinto, en donde expone de manera muy gráfica cuál es el mecanismo mediante el cual se procede a protocolizar el contrato de gestación por sustitución suscrito en el extranjero, en California concretamente. Llama la atención cómo la autoridad judicial extranjera exige borrar del certificado de nacimiento cualquier referencia “a la madre gestante” imponiendo que “*en el acta de nacimiento del hospital no se haga mención alguna a ésta y sí al padre o padre intencionales*”⁵.

Parece claro que convirtiendo el problema de la filiación (por naturaleza o por adopción) en una mera cuestión administrativa burocrática se obvia, o al menos eso se pretende, la nulidad de pleno derecho del contrato por el que se convenga la gestación por sustitución que observa el art. 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Ya no se trata, por tanto, de analizar la nulidad de un contrato y sus consecuencias civiles y hacia el ámbito prestacional de la Seguridad Social, sino más sencillamente de apreciar la legalidad de una documentación burocrática judicial evacuada por el tribunal jurisdiccional extranjero.

Y desde este plano –meramente formal– no hay duda de que una vez inscrito en el registro civil español el menor nacido en el extranjero mediante la técnica de maternidad subrogada reúnen los progenitores la acreditación documental suficiente para intimar el percibo de la prestación de maternidad por adopción. Otra cosa es que se conceda dicha prestación, pero nada puede oponerse, al menos prima facie, a la solicitud de los progenitores.

⁵ Sobre el particular véase BAUTISTA, J.: “Maternidad subrogada”, Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 815, versión electrónica: BIB 2011\274.

Sobre todo porque debe tenerse en consideración que el art. 2.2. del RD 295/2009 prevé que “*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 a un año, cualquiera que sea su denominación*”. Más allá de la consideración (moral, ética, o sencillamente jurídica) que se tenga con respeto al contrato de maternidad subrogada, es cierto que en estos casos existe una resolución judicial extranjera con un efecto jurídico muy concreto: atribuir las responsabilidades filiales a una persona muy concreta (los padres intencionales) que es muy similar a la que nuestro ordenamiento jurídico evacua para constituir una adopción o acogimiento⁶.

3. EL HECHO CAUSANTE, LOS SUJETOS BENEFICIARIOS DE LAS PRESTACIONES DE MATERNIDAD Y PATERNIDAD Y EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Las prestaciones de maternidad y paternidad traen causa de diferentes hechos causantes, distintos son sus beneficiarios, aunque tienen a proteger (al menos parcialmente) el mismo bien jurídico: el interés superior del menor con algunos matices diferenciales en supuestos de filiación biológica.

El hecho causante de la prestación de maternidad es el parto propiamente dicho en supuestos de filiación por naturaleza, o la adopción en supuestos de filiación adoptiva (art. 108 del Código Civil)⁷, según se deduce del art. 3 del RD 295/2009, de 6 de marzo⁸.

Con las sucesivas reformas que ha ido experimentando la prestación de maternidad a lo largo de los años puede apreciarse, sin excesiva dificultad, un ligero desplazamiento de su centro neurálgico de atención, del bien jurídico tutelado.

⁶ El ATS de 2 de febrero de 2015 (RJ 2015\141) ratifica el criterio expresado en esta sentencia, y cuenta, como aquella, con un voto particular discrepante. Un comentario muy crítico con la resolución, en el que aboga por la regulación de un “convenio de gestación por encargo” y por el reconocimiento legal de la situación es el de VELA SÁNCHEZ, J.: “A propósito del Auto del Tribunal Supremo de 2 d febrero de 2015”, La Ley, núm. 8600, 8 sep. 2015, versión electrónica: D-321.

⁷ Precepto no modificado por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que, sin embargo, si altera toda la nomenclatura de las instituciones protectoras del menor, circunstancia que necesariamente tiene que influir en la terminología que utiliza tanto el ET para la concreción de los períodos de descanso, como la LGSS y el RD 295/2009, de 6 de marzo, para la concreción de las prestaciones de Seguridad Social.

Su Disposición adicional segunda, titulada “*Referencias al acogimiento preadoptivo y al acogimiento simple y a las Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional*” prevé al respecto que “*Todas las referencias que en las leyes y demás disposiciones se realizasen al acogimiento preadoptivo deberán entenderse hechas a la delegación de guarda para la convivencia preadoptiva prevista en el artículo 176 bis del código Civil. Las que se realizasen al acogimiento simple deberán entenderse hechas al acogimiento familiar temporal previsto en el artículo 173 bis del código Civil; y cuando lo fueran a las Entidades colaboradoras de adopción internacional se entenderán hechas a los organismos acreditados para la adopción internacional*”.

⁸ Apréciase la importancia que tiene el hecho biológico del parto en el informe de maternidad del art. 13 emitido por el facultativo del Servicio Público de Salud que debe aportarse como documento para solicitar la prestación según el art. 14.2.1º, ambos del RD 295/2009, de 6 de marzo.

Cuando únicamente se atendía al hecho biológico del parto era evidente que la finalidad de la prestación era prioritariamente la recuperación física y psíquica de la madre en el puerperio. Pero la ampliación de la prestación a maternidades en las que no ha existido alumbramiento propiamente dicho de la madre que va a disfrutar de la prestación de maternidad: adopción o acogimiento, permite apreciar cómo el centro de gravedad de la prestación se desplaza desde la protección de la madre hacia la atención del recién nacido. Téngase en cuenta, además, que la posibilidad de endosar parte de la prestación de maternidad al otro progenitor muestra claramente que parte de la prestación (hasta como mucho diez semanas) no tiene por objeto único la recuperación de la madre tras el alumbramiento, sino la atención del recién nacido. Precisamente por eso puede compartirse entre los progenitores, porque parte de su duración no tiene como objetivo la recuperación de física y psíquica de la madre⁹.

Precisamente porque el hecho causante no es en todos los supuestos de maternidad el parto propiamente dicho es por lo que puede disfrutarse la prestación de maternidad por los padres adoptantes. Padres adoptantes que lo son con indiferencia de la clase de pareja que sean (heterosexual y homosexual), como bien precisa la STSJ de Madrid, de 13 de marzo de 2013 (JUR 2013\291496) cuando afirma categóricamente en este sentido que *“debe repararse en que la unión entre personas del mismo sexo permite mantener indiferenciada la condición de progenitor de cada uno de los miembros de la pareja en relación con los hijos, lo que no ha de hacer de peor derecho a aquéllos respecto de la constituida por miembros de distinto sexo, sin que el parto como hecho biológico suponga un obstáculo insalvable en función de los restantes supuestos de adopción y acogimiento y los que puedan asimilarse a los mismos, como es el caso presente según más adelante se verá, sobre la base de que en él la madre biológica no aparece como madre a los efectos civiles y no se le ha reconocido ningún derecho al respecto, habiéndose logrado la filiación legal por el actor y su pareja”*¹⁰.

⁹ Sin necesidad de acudir a ejemplos más alambicados, véase lo afirmado en la STJS de Madrid, de 26 de febrero de 2003 (AS 2003\3015) cuando afirma que el hecho causante en la maternidad biológica y el bien jurídico a proteger es la *“protección de la salud de la trabajadora que ha dado a luz, recuperándose físicamente del hecho del alumbramiento, el cual produce secuelas físicas y síquicas relevantes”*. Pero este hecho causante –continúa afirmando– se contrapone *“a los supuestos de adopción y acogimiento, en los que el bien jurídico prevalente es la inserción familiar robusteciendo los vínculos de afectividad entre los padres no biológicos y el hijo, que no siempre será recién nacido”*.

¹⁰ Y con respecto a esta cuestión no está de más recordar que la Orden JUS/568/2006, de 8 febrero, de Modificación de modelos de asientos y certificaciones del Registro Civil y del Libro de Familia (B.O.E. de 3 de marzo de 2006; rect. B.O.E. de 25 de julio de 2006) dispone, exactamente en su art. 4, significativamente titulado: Modificación de los modelos oficiales de las inscripciones principales de nacimiento, que: *“1. Se modifica el modelo oficial de inscripción principal de nacimiento...vigente en los términos de la Disposición Transitoria de la Orden del Ministerio de Justicia de 1 de junio de 2001, sobre libros y modelos de los Registros Civiles informatizados, en los siguientes extremos: 1º La expresión «Padre» se sustituirá por la de «Progenitor A», y la expresión «Madre» por la de «Progenitor B»”*.

La expresión no deja, desde luego, mucho margen a la interpretación, dado los términos tan imperativos en los que se manifiesta: *“se sustituirá”*. Tal debió ser el revuelo protagonizado por dicha norma, que rápidamente, (¡antes incluso que la rectificación de errores de la propia norma!) se derogó el precepto polémico y se sustituyó por el que se anota seguidamente mediante la Orden JUS/644/2006, de 6 marzo, de Aclaración de la Orden JUS/568/2006, de 8-2-2006, sobre modelos de asientos y certificaciones del Registro Civil y del Libro de Familia, que dispone en su art. 2, literalmente que: *“Los modelos oficiales de las inscripciones principales de nacimientos y matrimonios (modelos oficiales 101 y 200, respectivamente, aprobados por Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de enero de 2005) que se practiquen en los libros de (...)*

El hecho causante de la prestación de paternidad es el nacimiento de hijo (no el parto propiamente dicho), y la adopción o el acogimiento (art. 22.1 RD 295/2009, de 6 de marzo). Es evidente que el objetivo de la prestación de paternidad no puede ser otro que asistir al recién nacido en sus primeros días de vida. Por eso precisamente se ha concedido sin demasiados problemas cuando ha sido solicitada la prestación por padres intencionales que han suscrito con la madre biológica en el extranjero un contrato de maternidad subrogada.

Es decir, que en la prestación de maternidad en donde el bien jurídico protegido es doble: la recuperación física de la madre en supuestos de parto y la atención del recién nacido, mientras que en la prestación de paternidad el objeto es único, solamente la atención del menor.

En definitiva, el bien jurídico protegido por estas prestaciones, observándolas en una perspectiva conjunta e integradora, es prioritariamente la atención al nuevo miembro de la familia, recién nacido o adoptado, necesitado de atenciones singulares dada su vulnerabilidad biológica y las necesidades de integración en el nuevo núcleo familiar. Y esto es especialmente relevante para el asunto que estamos tratando, porque en supuestos de maternidad subrogada sí existe, sin ninguna duda, la situación de necesidad, por lo que puede abogarse por una interpretación favorecedora de la concesión de las prestaciones, si, naturalmente, se dan los demás requisitos requeridos por la norma.

La búsqueda del bien jurídico debe servir como norte hermenéutico en supuestos en los que técnicamente puedan existir discrepancias en la interpretación de los textos legales reguladores de las prestaciones de maternidad y paternidad.

Porque el bien jurídico del menor se ha instituido como de los principios generales más importantes en esta materia, en realidad en cualquier materia que afecte o se relacione con los menores. Apréciase, en este sentido, que recientemente se ha modificado el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, para significar expresamente y de manera contundente y categórica, que *“Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado”*. Añadiendo, de manera muy significativa, que *“En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos*

los Registros Civiles informatizados deberán recoger las menciones relativas a los progenitores y a los cónyuges como «campos variables», de forma que las menciones actuales y las nuevas se ofrezcan al usuario de la aplicación como opciones alternativas, permitiendo de esta manera conservar los términos de «marido» y «mujer» o los de «padre» y «madre» para los supuestos de matrimonios o progenitores de sexo diferente, o alternativamente emplear las menciones de «A-Cónyuge» y «B-Cónyuge» o las de «A-progenitor/a» y «B-progenitor/a» para los casos de matrimonios o progenitores del mismo sexo”.

Lo que no tiene desperdicio es lo de *“los campos variables”*. Esto no es un uso alternativo del derecho, sino una radical modificación de la realidad utilizando la fuerza del derecho, lo cual nos acerca a lo totalitario, porque de lo que se trata en este caso es de la modificación del *“modelo oficial de inscripción principal de nacimiento”*, no de filiación, en la que obviamente puede ser razonable (según qué casos) el empleo de la terminología que se propone.

legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”.

Es indudable que las prestaciones de maternidad y paternidad conciernen a los menores al ser instrumentos jurídico destinados para favorecer su atención y tutela, también es indubitado que las resoluciones favoreciendo la inscripción registral son adoptadas por instituciones públicas, de lo que se infiere la exigencia de que “*los Tribunales*” en su quehacer hermenéutico y jurisdiccional primen “*el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir*”. Que aboguen, en definitiva, por la interpretación normativa que más favorezca la atención de los menores, en una muy singular concreción del principio *pro operario*.

Bien puede deducirse de este precepto, por tanto, la concreción de un principio general de protección del menor en todas las instituciones jurídicas, entre ellas, naturalmente, las relacionadas con la Seguridad Social. Criterio que puede tener eficacia operacional para incluir en la conclusión lógico-jurídica que se deduce de la interpretación de los textos normativos supuestos de hecho no expresamente previstos por el legislador, como lo es el asunto aquí analizado. Para aplicar, en definitiva, mecanismos analógicos de exégesis jurídica.

4. LOS CRITERIOS TÉCNICOS DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE ORDENACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

La normativa española a nivel legal y reglamentario no prevé, como se ha analizado, la circunstancia de la maternidad subrogada como hecho causante de prestación alguna de seguridad social. Circunstancia consecuente con la nulidad radical que se predica del contrato civil de gestación por sustitución. Una interpretación de la legalidad en sus propios término llevaría el efecto de negar las prestaciones de maternidad y paternidad para estas situaciones, toda vez que el supuesto de hecho no tiene encaje en ninguna de las circunstancias protegidas: parto, adopción o acogimiento. Y, sin embargo, no cabe duda de que, al igual que en aquellos, existe una situación de necesidad del menor análoga a la que protege la prestación de maternidad en supuestos de parto, y –en menor medida, según qué casos, según cuál sea la edad del menor– en la adopción de menores. La demanda de atención es idéntica, y el bien jurídico a tutelar también.

A pesar de ello la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social ha evacuado dos criterios técnicos sobre maternidad subrogada que abogan por restringir el acceso a la prestación de maternidad en estas circunstancias. Ambos parten de la premisa de que las cuestiones de filiación estén correctamente protocolizadas, pero en ambas se niega la concesión de la prestación aunque sí se reconoce la prestación de paternidad. Expongámoslos brevemente.

El Criterio 11/2009, de 23 de julio analiza la concesión de estas prestaciones solicitadas por un varón que ha sido padre biológico de dos niñas nacidas en país extranjero previa compra de un óvulo y contratación de una madre de alquiler, de la que no consta su identidad. Aunque se reconoce la situación de necesidad e incluso se afirma que “*el resultado [al que llega la el Criterio] pueda ser insatisfactorio*” se entiende que la situación de necesidad queda protegida con la concesión de la prestación de paternidad. Se niega, no

obstante, la de maternidad, esencialmente porque aunque el ordenamiento conoce supuestos de uso por parte de un solo progenitor de la totalidad del período de descanso ello “no habilita para que éste pueda optar por la condición (la de padre o madre) que le pueda resultar más beneficiosa”.

El segundo criterio es de 15 de julio de 2010 y aborda un supuesto todavía más complicado. Un matrimonio heterosexual con cuyos óvulos y esperma se han concebido dos niños cuya gestación la llevó a cabo una mujer canadiense mediante la técnica de maternidad subrogada pretenden disfrutar en España de las prestaciones de maternidad y paternidad. El criterio entiende que el permiso de maternidad corresponde a la madre biológica, que puede optar porque el otro progenitor disfrute de parte del permiso de maternidad. Recuerda que la normativa también prevé la posibilidad de que el otro progenitor disfrute de la totalidad de la prestación en supuestos de fallecimiento de la madre. Pero entiende que estos derechos le corresponde a quien tiene la titularidad originaria de los mismos, a la madre biológica, que es la que debe decidir cómo distribuir los períodos de descanso, es la que debe decidir cómo y en que cuantía endosar parte del permiso de maternidad al otro progenitor.

Precisa concretamente el criterio técnico que aunque “*es cierto que existe un hijo, cuyo cuidado constituye en parte la finalidad del permiso de maternidad*” la ausencia de regulación específica no permite conceder la prestación, esencialmente porque no puede implementarse una argumentación analógica, ni siquiera con el supuesto de adopción o acogimiento, pues “*no se considera posible una aplicación analógica, al tratarse de un supuesto diferente y con característica propias*”. En definitiva y en conclusión para la maternidad por parto no hay términos de comparación y para la maternidad por adopción o acogimiento se entiende que son supuestos del todo diferentes.

Sin embargo para la paternidad sí se da el hecho causante, el nacimiento del hijo, que es la situación protegida, y este es el dato que tienen en consideración ambos criterios técnicos para conceder la prestación de paternidad. Aprecia el último citado, y es importante subrayarlo, que a pesar de la solución a la que se llega, es decir la no concesión de la prestación de maternidad pero sí la de paternidad, puede existir de hecho “*una desprotección del hijo nacido, que únicamente de manera parcial resuelve el reconocimiento del derecho al subsidio de paternidad y el correspondiente permiso*”. Añadiendo, de manera un tanto cándida, que “*si se pretende dar una eficaz cobertura legal al supuesto planteado resultaría necesaria una regulación específica adaptada a las peculiaridades de la situación*”, porque mientras siga siendo nulo el contrato de gestación por sustitución en territorio nacional no parece que puedan regularse sus consecuencias hacia el ámbito prestacional de la Seguridad Social.

La negativa a la interpretación analógica puede ser cuestionada. No tanto para los supuestos de parto, sino, sobre todo, para los supuestos de nacimiento del derecho a la prestación de maternidad por adopción o acogimiento. En estos dos supuestos, especialmente el segundo, estamos en presencia, al menos, de una mera relación factual entre los padres intencionales y el niño, protocolizada o solemnizada burocráticamente, que es el hecho causante del nacimiento del derecho. En nada se diferencia de la situación factual y protocolizada en el país de nacimiento de los niños mediante los trámites administrativos y judiciales correspondientes. Son dos supuestos muy similares. En uno de ellos la norma sí regula la consecuencia, en el otro no, pero no parece que la negativa a la aplicación analógica

quede vedada. Hay dos supuestos de hecho muy semejantes. Para uno de ellos la legislación sí prevé la consecuencia pero no para el otro. Pero la interpretación negadora de la prestación crea una diferencia radical en la solución que se da en el supuesto de maternidad subrogada que no encuentra cauce de justificación ni por los sujetos beneficiarios de la prestación, ni por el bien jurídico protegido. Es más, precisamente en atención al interés superior del menor, debe favorecerse una interpretación favorecedora de la prestación¹¹.

5. LAS RESOLUCIONES JURISDICCIONALES: EXPOSICIÓN Y AGRUPACIÓN CONCEPTUAL CRÍTICA

Las vicisitudes jurisprudenciales de la maternidad subrogada han sido numerosas, zigzagueantes y todavía no están del todo resuelta de manera terminante. Es terreno abonado para la polémica. Sobre todo porque a la problemática laboral interna, incluyendo la civil que surge de la concreción de la filiación, se suma la interpretación exacerbada que se le ha dado a la jurisprudencia emanada del TJUE que, además, por si fuera poco, se debate entre tres vértices de un triángulo jurídico refractario a una homogeneización hermenéutica. Hay sentencias que afirman el derecho superior del menor a una identidad única¹², lo que desde un punto de vista sustantivo favorece la concesión de la filiación a los progenitores intencionales, dada la posibilidad –que tolera el ordenamiento nacional estadounidense– a repudiar la propia filiación (de la madre de alquiler biológica); otras ponen el punto de interés en afirmar e interpretar la normativa europea en el sentido de no hacer obligatorio para los Estados la concesión de permisos de maternidad en estas situaciones; y otras, en fin, subrayan la violación que experimenta el núcleo familiar con la negativa a dar validez a la inscripción registral del nacido mediante técnicas de maternidad subrogada.

Desde el punto de vista interno la cuestión ha pasado por tres fases claramente diferenciadas desde un análisis meramente cronológico, aunque no con perfiles del todo homogéneos.

En un primer, momento varias resoluciones de los TSJ reconocieron las prestaciones por maternidad sin demasiados problemas interpretativos.

Una de las primeras en las que, al menos de manera tangencial, se abordaron cuestiones relacionadas con este tema es la STSJ de Madrid, de 30 de noviembre de 2009 (AS 2010\277). En ella se cuestionaba la validez de la renuncia de la madre biológica al período de descanso y el eventual endoso de parte de la prestación de maternidad al padre. El padre lo era de una niña nacida en Estados Unidos de una madre biológica que, de manera expresa, renunció judicialmente a toda relación materno-filial con la menor, la cual quedó bajo la patria potestad y custodia exclusiva del padre. El relato de hechos probado no concreta si el alumbramiento se produce mediante un contrato de maternidad subrogada. El problema suscitado era si dicha renuncia tenía que constar expresamente, o sí, por el contrario, era suficiente la renuncia implícita para endosar al padre parte de la prestación de paternidad. La prestación de paternidad se le concedió sin problemas. El Tribunal de suplicación entiende

¹¹ Como aboga que se haga CORDERO GORDILLO, V.: “La prestación por maternidad en los supuestos de gestación por sustitución”, Trabajo y Derecho, núm. 7-8, jul. 2015, versión electrónica: LA LEY 4687/2015.

¹² Así, por ejemplo, las SSTJUE de 2 de octubre de 2013, Carlos García Avello c. Bélgica (C 148/02) y de 14 de octubre de 2008, Stefan Grunkin y Dorothee Regina Paul c. Alemania (C 353/06).

que la situación de este padre único es similar a la de un padre adoptivo. La sentencia entiende que la aplicación de la analogía como recurso jurídico es posible, y que el derecho debatido afecta prioritariamente a la atención del menor durante la etapa inicial de la vida familiar, *“apareciendo como intereses coyunturales la necesidad de atención a la madre, como consecuencia del parto, que sirve como criterio distributivo del derecho, estableciendo una cotitularidad jerarquizada”*. De lo que infiere que el derecho de suspender el contrato para atender al menor *“pertenece sin discriminación por sexo ni por clase de filiación, al padre y a la madre de modo íntegro de existir un solo progenitor”*, por lo que, en este caso, estamos en un supuesto asimilable al de fallecimiento de la madre, en la que la titularidad del derecho pertenece únicamente del padre, por lo que a él le corresponde, en exclusividad, el disfrute único de la prestación de maternidad.

Otra temprana resolución que concede la prestación de maternidad, esta vez sí en un supuesto pleno de maternidad subrogada, es la S JS de Oviedo, núm. 2, de 9 de abril de 2012 (AS 2012\924)¹³. Se trataba de un contrato de gestación por sustitución y filiación a favor de un pareja heterosexual. El Juzgado concedió la prestación de maternidad, entendiendo, de un lado, que el hecho de que el contrato de maternidad subrogada esté prohibido para nuestro ordenamiento jurídico no priva de protección a la situación, ejemplificando la situación con lo que ocurre con la pensión de viudedad en supuestos de poligamia, institución prohibida en nuestro ordenamiento jurídico que, sin embargo, sí tienen consecuencias jurídicas en el ámbito de Seguridad Social. Aprecia, de otro lado, que el supuesto de hecho guarda estrecha relación con otro sí expresamente previsto en la norma: el disfrute del permiso en supuestos de maternidad por adopción, con lo que la aplicación de la regla analógica es la solución más correcta para dar cobertura protectora a la situación.

La resolución medular sobre la que pivota la primera línea interpretativa sobre esta problema es la STSJ de Madrid, de 18 de octubre de 2012 (AS 2012\2503). En ella se abordaba un caso idéntico al debatido más tarde por la STS de 6 de febrero de 2014 (RJ 2014\833): dos hombres son considerados progenitores por un documento jurisdiccional norteamericano tras el alumbramiento de una niña mediante un contrato de maternidad subrogada¹⁴. Lo más interesante de la resolución es el esfuerzo que realiza para diferenciar los dos supuestos de concreción de la prestación por maternidad, por parto y por adopción, entendiendo que la situación aquí cuestionada *“es similar a la que, también como ‘progenitores’, ocupan aquellos que se hallan en supuestos de adopción o acogimiento familiar y cubriendo de igual manera la finalidad que persigue la norma, y ello en virtud de lo que establece el art. 4.1 del CC, porque aunque la maternidad derivada de la condición de progenitor inscrito como tal en el Registro Civil y en virtud de una gestación como la que se contempla en el caso presente no está contemplada en la LGSS, ni, en consecuencia, desarrollada en el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, los supuestos guardan semejanza, en tanto en cuanto la posición que ocupan los progenitores en uno y otro caso respecto del*

¹³ Comentada por HIERRO HIERRO, F. J.: “Gestación por sustitución y prestación de maternidad”, AS, 41/2012, versión electrónica: BIB 2012\2899.

¹⁴ Un comentario a la misma es el de BORRAJO DACRUZ, E.: “Gestación por sustitución y prestación por maternidad”, Actualidad Laboral, núm. 2, feb. 2013, p. 243. Y también el de VALERA AUTRÁN, B.: “La protección de la maternidad no biológica”, Aranzadi Social, núm. 6/2013, versión electrónica: BIB 201\695.

nacido, adoptado o acogido es la misma en el marco de las relaciones laborales y familiares en la que están inmersos”.

Es decir, entiende aplicable por analogía la solución que se patrocina para el supuesto de adopción, apreciando que el sentido protector de la norma, su razón de ser, es idéntica al del supuesto de maternidad subrogada. Porque, como precisa, *“tampoco sería posible entender que la norma realmente no quiere reconocer el derecho, dado que no hay exclusión alguna al respecto, de forma que es posible inferir que se está ante una laguna legal, y la identidad de razón concurre desde el momento en que se trata de dar protección por maternidad a quien ostenta la condición de progenitor de un menor por título jurídico diferente a la adopción o acogimiento pero idóneo por haber inscrito en el Registro Civil la filiación entre el menor y el que reclama la prestación”.* Por otro lado, esta resolución también tiene en consideración la situación que procede de la STS de 15 de septiembre de 2010 (RJ 2010\7428) en la que se concedía a la madre adoptante de la hija biológica de su cónyuge mujer la prestación de maternidad, aunque ya se había disfrutado por completo dicha prestación por la madre biológica. Lo cual introduce un criterio de apoyatura muy interesante para sostener eventuales discrepancias discriminatorias por razón de sexo en la apreciación de las diferentes situaciones de hecho.

La STSJ de Madrid, de 13 de marzo de 2013 (JUR 2013\291496) es una de las que mejor resume el camino interpretativo¹⁵. Esencialmente por dos razones. En primer lugar, porque desactiva totalmente la injusta equivalencia que afirma que la nulidad del contrato de maternidad subrogada no pueda tener consecuencias jurídicas, y, por otro lado, porque pone el centro de atención de la prestación y de su concesión en el bien superior del menor. Afirma así, expresamente que *“es evidente que el derecho a la no discriminación en función de la filiación supone un orden público constitución suprallegal, de modo que el carácter ilegal de una filiación no justifica ningún trato diferenciado”.*

Precisando más adelante que *“la prestación de paternidad o de maternidad son técnicas sociales tuitivas del menor, formas de garantizarle una mayor atención, la denegación de la prestación supone en realidad privarlos de la asistencia y dedicación que a través de la prestación se abona a los padres. Por eso carece de sentido invocar la Ley 14/2006, en su artículo 10, pues, no es una norma reguladora de la prestación de paternidad, ni tiene por objeto condicionar la atención a los menores. Es una normativa cuyo objeto es proteger la maternidad biológica, cuestión ajena a este litigio donde se trata de proteger el derecho del menor, que quedaría desamparado en base a una hipotética tutela de un anónimo derecho biológico”.*

Añade un razonamiento muy contundente y hasta cierto punto de una violencia poco común en sede judicial: *“No se pueden hacer interpretaciones metafísicas de la normativa prestacional de la Seguridad Social. Invocar hipotéticos derechos biológicos naturales, de*

¹⁵ En forma muy similar a lo resuelto por las SSTJS de Cataluña, de 23 de noviembre de 2012 (AS 2013\845), y de Asturias, de 20 de septiembre de 2012 (AS 2012\2485). Un comentario a esta última resolución es el efectuado por MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, A.: *“¿Tienen derecho las madres ‘subrogantes’ al permiso y a la prestación por maternidad?”*, Aranzadi Doctrinal, núm. 9/2014, versión electrónica: BIB 2014\4275. Otro comentario es el de LOZANO GAGO, M^a DE LA L.: *“Prestación por maternidad subrogada”*, Revista de Derecho vLex, núm. 120, mar. 2014, versión electrónica: VLEX-501007563.

personas anónimas y que difícilmente podrán ostentarlo dada su nacionalidad y la renuncia judicial a los mismos, para obstaculizar el derecho a las prestaciones sociales de menor. Si definimos más allá del rito alegatorio, la pretensión de la Entidad Gestora, vemos con claridad que su base jurídica es una defensa de la maternidad biológica en un supuesto en que la misma no puede determinarse de modo que negando la paternidad y maternidad jurídica a los progenitores, convierten al menor en un huérfano.- ¿Tendría, en su interpretación, prestación de orfandad? - Invocan una legalidad inaplicable - metafísica - en base al artículo 10 de nuestra Ley 14/2006, para contraponerla a una legalidad que se ha aplicado físicamente - la del Código de Familia del California, que no reconoce derecho de filiación a la anónima madre biológica. Los hechos hipotéticos o improbables no pueden privilegiarse frente a los hechos ciertos y reales”.

La resolución, después de negar categóricamente que el beneficiario pudiera disfrutar de la prestación de maternidad por parto, estudia si es posible la concesión de la prestación de maternidad por adopción, aplicando analógicamente la regulación prevista para esta situación, afirmando que la analogía es posible, y concediendo, en definitiva, la prestación de maternidad por adopción a un supuesto de maternidad subrogada. Es cierto que los términos de la comparación pueden estar un tanto forzados, pero no puede dudarse de que el legislador utiliza el término “*maternidad*” sin acompañarlo de adjetivo calificativo alguno, con lo que parece intuirse el deseo del legislador de ofrecer el mismo tratamiento jurídico a los supuestos de maternidad biológica, que aquellos en los que se accede a la condición maternal sin parto previo. Es claro que estamos, en ausencia de normativa concreta sobre el asunto, ante una ‘solución de compromiso’¹⁶, pero que funciona para dar cobertura protectora a situación de necesidad, teniendo en consideración el interés superior del menor, siempre que, claro está, la inscripción registral del nacido fuera del territorio nacional se encuentre plenamente convalidada en España, y el beneficiario de la prestación reúna los demás requisitos requeridos en la norma para ser beneficiario de la misma.

El camino para la concesión de la prestación parecía abonado para una solución fértil. Se había negado que la nulidad del contrato de maternidad por sustitución impidiese que dicha realidad tuviese otras consecuencias, se afirmaba la analogía de la situación con la maternidad por adopción o acogimiento, y se subrayaba vehementemente el interés superior del menor como bálsamo interpretativo de eventuales fricciones normativas.

Sin embargo, y a pesar de ello, en una segunda fase cronológica muy identificable los TSJ han variado su rumbo inicial restringido la concesión de la prestación de maternidad. Esencialmente porque se apoyan en dos sentencias evacuadas por del TJUE el 18 de marzo de 2014 en los asuntos: C. D. c. S. T: (C- 167/12), y Z. c. A Government department (C- 363/12)¹⁷ que, a mi juicio, no han sido bien leídas, o por mejor decir se extraen de ellas consecuencias distintas de las que componen su doctrina propiamente dicha. El panorama cambió radicalmente y lo que antes parecía un camino expedito a una interpretación

¹⁶ Como lo denomina SELMA PENALVA, A.: “Vientres de alquiler y prestación por maternidad”, Aranzadi Social, núm. 9/2013, versión electrónica: BIB 2013\17.

¹⁷ La última resolución es comentada por RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: “Permiso por maternidad para ‘madres subrogantes’: problemática laboral de los ‘vientres de alquiler’”, Actualidad Laboral, núm. 6, jun. 2014, p. 716.

afirmativa sin dificultades dignas de atención, se convierte en un bosque bajo de zarzas y espinas, imposible de transitar sin vereda normativa expedita.

En ambas resoluciones se concluye que los Estados miembros no están obligados a conceder 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. Y en ambas se subraya que no existe, por esta negativa a conceder permisos de maternidad por esta circunstancia, discriminación alguna basada en el sexo. En el caso 363/12 se aborda incluso el supuesto de que uno de los progenitores intencionales tuviera alguna discapacidad para poder tener hijos naturales, teniendo que acceder de esta manera a la maternidad mediante esta modalidad. Pero también en estas circunstancias se ha entendido que la negativa a conceder el permiso no constituye motivo de discriminación, en este caso basada en la incapacidad para gestar por sí mismo a un niño.

A partir de este momento e invocando siempre como precedente estas dos STJUE los TSJ españoles comenzaron a denegar las prestaciones de maternidad intimadas por progenitores intencionales. Así por orden cronológico, véanse las SSTSJ del País Vasco de 3 de mayo de 2016 (JUR 2016\117724)¹⁸, del País Vasco, de 13 de mayo de 2014 (AS 2014\1228)¹⁹, de Madrid, de 7 de julio de 2014 (JUR 2014\244222), de Andalucía (Sevilla), de 4 de febrero de 2015 (AS 2015\720) y de Madrid, de 5 de octubre de 2015 (JUR 2015\253456).

Todas estas resoluciones de los TSJ tienen un excesivo apego a estos precedentes jurídicos, a estas STJUE. Pero estas resoluciones resuelve una cuestión que, en realidad, nada o muy poco tiene que ver con la cuestión controvertida en la instancia jurisdiccional nacional. Porque el plano de legalidad con el que funcionan las STJUE es diferente. Lo que se enjuicia en estos casos, en definitiva, es si los Estados miembros están obligados a conceder prestaciones de maternidad en estas situaciones de maternidad por sustitución, y la respuesta es evidente: no, no tienen obligación de contemplar estas situaciones en su ordenamiento interno. Y lo que se discute en la instancia jurisdiccional patria es si a la luz de nuestras normas vigentes puede concederse una prestación de maternidad para los supuestos de maternidad subrogada. Respetar la doctrina que se infiere de esas resoluciones del TJUE

¹⁸ Aunque esta resolución cuanta con un voto particular en sentido contrario del Magistrado Butrón Ochoa, J.C.B. cuyo más destacado aspecto radica en entender que la nulidad del contrato de vientre de alquiler para nuestro ordenamiento jurídico no permite anular el asiento registral legalmente protocolizado en el extranjero, así como afirmar que el interés superior del menor permite la aplicación analógica de las reglas que conceden la maternidad en supuestos de adopción.

¹⁹ En esta resolución, en la que se debatía la prestación de maternidad para un solo progenitor mujer, se llega a afirmar que *“nuestra postura jurídica inicial era coincidente con la de la resolución [afirmativa de la prestación] de instancia y por ende con la doctrina sentada por varios Tribunales Superiores de Justicia del Estado Español. Sin embargo, al momento actual existe determinada jurisprudencia por parte del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea...”*. La referida resolución es comentada por PANIZO ROBLES, J. A.: *“La maternidad por ‘contrato de sustitución’ sigue sin estar amparada por la acción protectora de la Seguridad Social”*, Información Laboral, núm. 5/2014, versión electrónica: BIB 2014\2260.

no es incompatible con conceder prestaciones de maternidad para situaciones de maternidad subrogada²⁰.

En una tercera fase, cuando el impacto de las STJUE ya no era tan llamativo, se vuelven a conceder otra vez con naturalidad prestaciones de maternidad a padres intencionales, en base a los siguientes principales argumentos.

En la STSJ de las Islas Canarias (Las Palmas), de 7 de julio de 2014 (AS 2014\2769) se discutía si era posible conceder la prestación de maternidad a un varón cuando la madre biológica que a dado a luz en el extranjero no ha renunciado expresamente a la prestación de maternidad. El argumento central para la denegación en la instancia de la prestación es que no consta la opción de la madre para el endoso de la prestación, y que no se encontraba en situación protegible. En un supuesto muy similar a lo ya resuelto en la STSJ de Madrid, de 30 de noviembre de 2009 (AS 2010\277), y citando como precedente la STSJ de Madrid, de 13 de marzo de 2013 (JUR 2013\291496), la resolución concede la prestación de maternidad por ser una situación análoga a la de maternidad por adopción. Argumentación analógica que es la que procede aplicar en estos supuestos, en una particular y singularísima interpretación ‘*pro operario*’²¹. Se vuelve, de esta manera, a la interpretación anterior a la que procede tras las SSTJUE.

En la STSJ de Madrid, de 23 de diciembre de 2014 (AS 2015\406) se concedía la prestación de maternidad en un supuesto de maternidad subrogada entendiendo que se está en una situación análoga a la de maternidad monoparental²². En este caso el progenitor es único y en el contrato de maternidad por sustitución se había acudido a una técnica de inseminación artificial con material genético del propio progenitor. Como en otros supuestos sí se le había concedido la prestación de paternidad y como en otros asuntos similares había un contrato explícito por el que la madre renunciaba a los derechos inherentes a dicha condición.

La STSJ de Cataluña, de 9 de marzo de 2015 (AS 2015\954) entiende que el debate debe circunscribirse al bien jurídico de atención al menor, y precisamente en atención a este criterio ha de abordarse la similitud de la situación con la generada en la maternidad por adopción, concediendo la prestación de maternidad por adopción al entender que la *“reconocida similitud permitiría integrar una laguna legal por la identidad de razón que se ofrece desde el momento en que se trata de dar protección por maternidad a quien ostenta la condición de progenitor de un menor por título jurídico diferente a la adopción o acogimiento pero idóneo por haber sido inscrito en el Registro Civil la filiación entre el menor y el que reclama la prestación”*, añadiendo seguidamente que *“si en la adopción son sujetos directos del derecho a la prestación de maternidad los progenitores, cualquier que sea su sexo, sin mayor vinculación que la relación jurídica que ha generado esa filiación por*

²⁰ La STSJ de Cataluña, de 11 de febrero de 2016 (JUR 2016\97024) llega a afirmar que a dichas sentencias del TJUE no puede concedérsele base suficiente para negar la solicitud de prestación de maternidad por sustitución, pues no hacen *“referencia a la prestación por maternidad subrogada y de esta sentencia no se puede desprender una adaptación o cambio de regulación legal”*.

²¹ SELMA PENALVA, A.: “Vientres de alquiler...”, ob. cit.

²² Un comentario a la resolución es el que realiza HERRANZ HERGUEDAS, M.: “Derecho del padre a la prestación de maternidad: gestación por sustitución”, nREDT, núm. 178/2015, versión electrónica: BIB 2015\4135.

adopción o acogimiento, con igual o mayor razón será extensible este derecho a quienes.../...ostentan legalmente esa condición aunque derive de otro título al que el ordenamiento español por medio de lo que la Dirección General de los Registros y Notariado ha interpretado y resuelto a raíz de la Instrucción de 5 de octubre de 2010, le ha otorgado reconociéndole la eficacia suficiente para general el vínculo necesario para ser sujeto de las prestaciones que ahora se reclaman...”

Otro argumento que se maneja con soltura en esta resolución es el de la eventual discriminación que se produciría en esta situación frente a otras en las que se concede la prestación con normalidad. Porque, como se afirma expresamente, pugna con la lógica más primaria “*que se deniegue la prestación al actor en sus descritas circunstancias cuando se le reconoce ex lege si él y su pareja se hubieran limitada a adoptar o a acoger a un menor, solución que sería contraria al espíritu de la Ley Orgánica 3/2007*” para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Estaríamos en presencia de una discriminación por filiación, que sufre, además, el menor necesitado de protección, porque la razón de ser de la prestación no es el descanso maternal, que no puede existir, sino la atención al menor.

La STSJ de Cataluña, de 11 de febrero de 2016 (JUR 2016\97024) entiende, por su parte, que la nulidad del contrato de maternidad por subrogación no puede llevar a la privación de la prestación por maternidad, pues dicha prestación no está prevista solamente para la atención de la madre y su recuperación psíquica y física, sino también en supuestos de adopción, con el que este supuesto de hecho se relaciona analógicamente, para la atención del menor y el favorecimiento de su integración en el núcleo familiar²³.

Por último en la SJS núm. 26 de Barcelona, de 7 de marzo de 2016 (JUR 2016\101507) se argumenta la decisión de conceder la prestación de maternidad en dos motivos algo diferentes de los expuestos. En primer lugar, que los problemas de filiación no le vinculan para que se conceda o se niegue la prestación de maternidad, y, en segundo lugar, el ya conocido relativo a que la nulidad del contrato de gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico no impide que se generen determinados efectos, esencialmente aquellos que tiene que ver con la atención del menor, como lo es la concesión de la prestación de maternidad.

En definitiva, se manejan los siguientes argumentos para conceder la prestación: que la situación de la maternidad subrogada es análoga a la maternidad por adopción; que no hace falta que conste la renuncia expresa de la madre biológica extranjera para endosar al otro progenitor parte de la prestación de maternidad; que los problemas de filiación del menor no deben dificultar la concesión de efectos protectores de Seguridad Social; que la nulidad del contrato de maternidad subrogada no debe perjudicar la prestación de maternidad; que puede entenderse que estamos en presencia, cuando así sea, de familias monoparentales y aplicarles las previsiones que para ello articula la normativa; y, por último, y como argumento muy interesante y de gran potencialidad, que la no concesión de la prestación a progenitores intencionales en supuestos de maternidad subrogada puede suponer una discriminación por razones de filiación en relación con los progenitores por adopción.

²³ Véase también la STSJ de Cataluña, de 1 de julio de 2015 (AS 2015\1826).

6. CONCLUSIONES: ESPERANDO A LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA DE LA SALA CUARTA DEL TS

Pare claro, al menos como premisa intelectual, que la ausencia de normativa expresa que regule la maternidad subrogada y sus consecuencias civiles y de Seguridad Social, no puede ser obstáculo –mucho menos argumento– para intentar encontrar una solución armoniosa y equilibrada al problema jurídico que se genera cuando los padres intencionales intiman el percibo de las prestaciones de maternidad y paternidad²⁴. Sobre todo porque al día de hoy es una circunstancia cada vez más común, y porque seguramente lo será con más asiduidad en el futuro. No es un problema particular o episódico, sino que es constante y recurrente.

Es probable, por ello, que la Sala 4ª del TS tenga que evacuar una resolución que armonice doctrina sobre el particular, dada la existencia de criterios interpretativos discrepantes, como se ha expuesto, entre distintos TSJ. Aunque pueda existir alguna dificultad en salvar la contradicción requerida en términos casacionales, dada la falta de identidad total de los presupuestos fácticos de las sentencias contradictorias, no es aventurado afirmar que el TS abordará esta cuestión teniendo que resolver sobre el fondo del asunto.

Lo que pretende este pequeño ensayo no es tanto intentar averiguar qué solución va a adoptar el TS ni sobre qué argumentaciones se va a conducir, sino más modestamente, subrayar qué elementos deben tenerse en consideración en la discusión jurídica sobre el fondo del asunto. Cómo se barajen y a qué resultado conduzcan es una cuestión diferente, aunque probablemente –y esto es un juicio estrictamente personal– el TS asumirá parte de los argumentos que entienden aplicable la situación analógica con la maternidad por adopción o por acogimiento y generalizará la concesión de la prestación por maternidad para supuestos de maternidad subrogada.

De la STS de 6 de febrero de 2014 se deduce claramente que la dificultad en concretar la filiación del menor no debe perjudicarle en otros ámbitos tutelares. Es más, entre líneas puede leerse que precisamente porque el menor no queda desprotegido es por lo que puede cuestionarse la filiación, anulando el asiento practicado en el registro civil. Esto facilita, o al menos no impide, la concesión de las prestaciones de maternidad y paternidad a los ‘padres intencionales’, como frecuentemente ocurre. O dicho de otra manera, que no exista una filiación concretada no tiene que ser un argumento para negar la concesión de las referidas prestaciones de Seguridad Social.

Debe tenerse presente, además, que desde un punto de vista meramente formal ya existe un trámite burocrático administrativo [la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución en donde al menos uno de los progenitores

²⁴ El texto más completo de los proyectos legislativos que pretenden organizar la maternidad subrogada quizá sea el de la Asociación por la Gestación Subrogada en España. Su proposición de Ley, aunque carece de referencias a las prestaciones de seguridad social, deteniéndose únicamente en las consecuencias civiles con respecto a la filiación, puede verse en el siguiente enlace web:

http://gestacionsubrogadaenespaña.es/images/PDF/Proposicion_de%20ley.pdf

sea español (RCL 2010\2624)] encaminado a dar validez y eficacia plena a las inscripciones registrales intimadas en países que permiten el registro originario como progenitores de personas que acudieron a la contratación de una madre de alquiler, por lo que al sistema prestacional, al Derecho de la Seguridad Social en este caso, le tiene que ser relativamente indiferente, porque le llega como un dato dado y cierto, como algo indubitado, la acomodación de dichos trámites a la legalidad. Se es progenitor, en este caso, para estos efectos prestacionales, porque el documento jurídico registral así lo afirma. Pocas posibilidades hay desde el ámbito de lo laboral para deshacer esa anotación, y pocas también hay para no concederle validez a efectos de las prestaciones de la Seguridad Social.

Téngase en cuenta, además, que el interés superior del menor ha pasado de ser un principio interpretativo impreciso y algo evanescente, un bien jurídico de dudosa concreción legal, a formar parte de un mandado jurídico concreto y con un contenido muy preciso por obra de la Ley Orgánica 8/2015, que expresamente así lo reconoce, lo que puede favorecer la hermenéutica integradora de supuestos no expresamente previstos por la norma, como lo es la maternidad subrogada. Es indudable, en este sentido, que el interés del menor queda más tutelado con una interpretación favorecedora de la concesión de la prestación en estas situaciones.

Los Criterios técnicos de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social sobre esta materia han negado que sea aplicable al supuesto de maternidad subrogada la solución que el ordenamiento sí prevé para la situación de disfrute del permiso de maternidad en supuestos de adopción o acogimiento. Probablemente el TS deba pronunciarse sobre esta cuestión, más que nada porque sí existe una relación de semejanza entre cosas distintas, en un supuesto con previsión normativa expresa, en el otro sin ella, por lo que quizá no sea desproporcionado extender la regla jurídica sí prevista, por identidad de razón, a situaciones que no se encuentran comprendidas expresamente en ella. Varias resoluciones de TSJ emplean la analogía para conceder la prestación de maternidad en estas situaciones, y muchas otras niegan la posibilidad de emplear esta técnica hermenéutica. El TS tiene que decidir si estamos en presencia de una situación con identidad de razón, y de si puede aplicarse la analogía entre ellas para dar solución jurídica a una situación no prevista.

También va a tener que dilucidar si un contrato nulo, como lo es el de maternidad por sustitución, puede generar efectos prestacionales en el ámbito de la Seguridad Social. Es decir, si puede otorgarse prestaciones de maternidad cuando el contrato de maternidad subrogada es nulo. Aunque quizá no estemos en presencia de elementos del todo comunes, sí es cierto que el ejemplo de la concesión de prestaciones de viudedad en supuestos de poligamia está bien traído. En ambos casos estamos en presencia de instituciones jurídica prohibidas en nuestro ordenamiento, aunque para una de ellas sí se reconoce, al menos parcialmente, que puede influir en la ordenación de la prestación. La poligamia será una institución inexistente en nuestro ordenamiento civil, pero se tiene en consideración para el ámbito prestacional de la Seguridad Social. Un argumento similar puede enunciarse para la concesión de prestaciones de maternidad en supuestos de maternidad subrogada.

Probablemente también tendrá que analizar el TS el valor que se concede en este tema a las SSTJUE que han sido objeto de comentario. Entiendo que la lectura de las STJUE de 18

de marzo ha sido excesivamente apresurada y se han deducido de ella consecuencias excesivamente cerradas, maximalistas, refractarias a los matices, a las sutilezas²⁵. Estas sentencias no niegan que la maternidad subrogada pueda generar efectos laborales o de Seguridad Social. Afirman, más sencillamente, que la normativa Europea no obliga a que los Estados reconozcan estos efectos, y que, en el mismo sentido, no es contrario a la normativa comunitaria que las legislaciones nacionales no prevean estos circunstancias y estos efectos. Pero extraer de estas sentencias la conclusión de que la maternidad subrogada no puede generar efectos, con carácter general y para todos los estados miembros desde el punto de vista de Seguridad Social es exagerado y, sobre todo, muy desproporcionado. Porque parece, en todo caso, que esta es una cuestión que tiene más que ver con la práctica de cada Estado miembro de la Unión Europea, con su tradición jurídica y con la mayor o menor importancia desde el punto de vista jurídico que se conceda a estas prestaciones, que con una política legislativa clara y definitiva de la Unión.

Téngase en cuenta, además, que varios meses después, el 26 de junio de ese mismo año 2014 el mismo TJUE evacuó otras dos resoluciones, el caso *Menesson c. Francia* (C 192/11)²⁶, y el caso *Labassee c. Francia* (C 941/11) en las que afirmaba, sin negar la soberanía de los Estados miembros para organizar las consecuencias de la maternidad por sustitución o incluso prohibirla, que constituye una violación del derecho al respeto a la vida privada y familiar de los menores la negativa del ordenamiento jurídico francés a reconocer la filiación de los menores nacidos tras gestación por sustitución en Estados Unidos y determinada así por las autoridades Norteamericanas. Aunque no lo carezca en un primer momento, en una primera lectura apresurada, ambas doctrinas pueden ser compatibles: no es obligado que los estados de la Unión articulen una prestación de Seguridad Social para proteger la maternidad subrogada, pero privar de la filiación a los menores puede violentar el derecho a la vida familiar.

Más recientemente, y sobre el mismo tema, la STJUE de 27 de enero de 2015, *Paradiso y Campanelli c. Italia* (C 358/12) entiende violada la normativa comunitaria por la acción del gobierno italiano que retira, a un matrimonio heterosexual que había acudido a la técnica del vientre de alquiler pero con aporte de material genético propio, la custodia del menor, entregándolo a su vez a los servicios sociales con el objetivo de que articulen mecanismos de protección, al no ponderar adecuadamente los intereses en juego y, en particular, el bien jurídico superior de protección del menor. Otra resolución más del TJUE de la que probablemente haya que sacar consecuencias, tras un análisis sosegado.

Desde luego el TS va a tener que lidiar con dos grupos de argumentos. Los propios que ha desplegado en supuestos similares o parecidos, que han servido, a su vez a los TSJ

²⁵ Efecto amplificado quizá por una lectura a su vez apresurada del ATS de 2 de febrero de 2015 (RJ 2015\141) que resuelve el incidente de nulidad impetrado frente a la STS de 6 de febrero de 2014 (RJ 2014\833) que denegaba la inscripción registral de los menores nacidos por esta técnica por entender que la STJUE de 26 de junio de 2014 debería provocar una respuesta diferente del TS.

²⁶ Un comentario a esta resolución, centrada más en la determinación de la filiación que en sus repercusiones hacia el sistema protector de Seguridad Social, es el de FLORES RODRÍGUEZ, J.: “Gestación por sustitución: la metamorfosis del parentesco”, *La Ley*, 14 jul. 2014, versión electrónica: LA LEY 4874/2014. También atendiendo a la misma cuestión puede verse GARCÍA ABURUZA, M^a. P.: “A vueltas con los efectos civiles de la maternidad subrogada”, *Aranzadi Doctrinal*, núm. 8/2015, versión electrónica: BIB 2015\4006.

para desplegar su argumentario a favor y en contra de la prestación por sustitución, y los que han empleado estos tribunales de suplicación para conceder o denegar las prestaciones solicitadas.

Con respecto a estos últimos ya hemos indicado que son cuatro los argumentos barajados: a) que la nulidad del contrato de maternidad por sustitución o la falta de concreción legal de la filiación del menor no puede perjudicar la tutela del menor desde el punto de vista de Seguridad Social; b) que la situación es análoga a la de maternidad por adopción o el acogimiento, por lo que no parece desproporcionado aplicarle idéntica respuesta jurídica; c) que la ausencia de renuncia por parte de la mujer extranjera al disfrute del permiso de maternidad no puede ser un obstáculo para el endoso de la prestación al otro progenitor, y d) que puede existir una discriminación por filiación en esta situación en relación a la respuesta que el ordenamiento da en supuestos de maternidad por adopción.

Con respecto a la primera cuestión, la utilización de sus propios precedentes jurisdiccionales, es probable que el TS acuda a la doctrina que se deduce de su STS 15 de septiembre de 2010 (RJ 2010\7428), sobre todo si la resolución del asunto se centra en argumentos que manejan la discriminación por razones de filiación. La sentencia, en un supuesto relativo a la posibilidad de que dos personas del mismo sexo disfruten, sucesivamente, del permiso de maternidad, casaba y anulaba la STSJ de Cataluña, de 20 de febrero de 2009 (AS 2009\2016) que no concedía la prestación de maternidad a la mujer adoptante de la hija biológica de su cónyuge mujer porque ya había disfrutado del referido permiso de maternidad la madre biológica, y *“el permiso de maternidad puede repartirse pero sin que se devengue dos veces”*. Entiende también la STJ que la razón de ser del permiso de adopción –su finalidad última–, ya se ha cumplido, porque lo que se pretende con dicho permiso es que la persona adoptante y el niño adoptado mantengan un intenso contacto humano en los primeros momentos de la adopción que facilite su integración en la nueva familia y esta circunstancia no se da en este caso, pues existía una convivencia previa anterior dilatada²⁷.

El TS entiende, esencialmente, que no dificulta la concesión de la prestación *“el hecho de que la madre biológica de la adoptante hubiera disfrutado del permiso de maternidad pues se han producido situaciones sucesivas que han generado el derecho al descanso por maternidad y a la prestación correspondiente, a saber, el parto –que generó el derecho en la madre biológica– y la adopción como madre de la hoy recurrente que acarrió su derecho a descanso y prestación por maternidad.../...sin que se disponga que el percibo de la prestación por parto excluya el percibo de la prestación por adopción”*. Y con respecto a la integración en la familia del adoptado afirma categóricamente que *“no se produce por el mejor hecho de la convivencia con el adoptante anterior a la adopción, sino que es a partir del momento de la adopción cuando surge la nueva situación del adoptado, pues a partir de*

²⁷ En el supuesto alegado para la contradicción (STJ de Baleares, de 30 de octubre de 2006 [AS 2006\3197]) se entendía que sí procede la concesión del permiso de maternidad a la madre adoptante de la hija menor de su cónyuge de cinco años de edad, a pesar de existir previa convivencia entre ambas.

*la resolución judicial constituyendo la adopción cuando se establece la situación de hijo adoptante, cuando pasa a integrarse en la nueva familia*²⁸.

Es decir, si el ordenamiento jurídico concede el lucro de dos prestaciones completas de maternidad por dos títulos jurídicos diferente (maternidad biológica y ulterior adopción por el otro cónyuge), cuál es la razón que impide permitir el lucro de una sola prestación de maternidad en supuestos de maternidad subrogada (pues la de paternidad siempre se ha concedido y no es dudosa su concesión). Especialmente si se entiende que estamos en presencia de un supuesto análogo al de la adopción, o al menos análogo al de acogimiento, en el que existe renuncia de la madre biológica a la filiación, porque así se permite en el ordenamiento jurídico extranjero, y existe un estado de necesidad, la necesaria atención al menor que, además, se ha revestido de principio jurídico fundamentante en la materia.

Desde luego parece que pueden emplearse argumentos relacionados con la discriminación por filiación en estas circunstancias, al menos de manera argumental. Debe tener en cuenta, en este sentido, que la archicitada STS (1ª) de 6 de febrero de 2014 (RJ 2014\833) no entendió que existiese discriminación en la no inscripción registral, afirmando incluso que la respuesta jurídica hubiera sido la misma en supuestos de maternidad subrogada de pareja heterosexual, pero el pronunciamiento no lo fue ni en sede social, ni se debatía un argumento de discriminación por filiación.

Es clara y consolidada, por último, la posibilidad de conceder la prestación de maternidad en supuestos de adopción o acogimiento por personas del mismo sexo, pues el art. 178 LGSS identifica a los beneficiarios del subsidio por maternidad a las personas “*cualquiera que sea su sexo*” que disfruten de los descansos referidos en el ET, por lo que sólo queda dar el último paso intelectual, entender que la maternidad por sustitución es una institución análoga, al menos análoga desde el punto de vistas prestacional de la Seguridad Social, a la adopción o al acogimiento.

Está en juego, nada menos, que la relevancia del principio jurídico superior de atención al menor.

²⁸ Mismo supuesto de hecho, dos mujeres, una de ellas madre biológica del menor, casadas disfrutan, sucesivamente del permiso por maternidad por parto y, tras la adopción, la otra del permiso de maternidad por adopción, en la STSJ de Madrid, de 7 de julio de 2014 (AS 2014\2274).

Otro supuesto controvertido es el resuelto por la STSJ de Madrid, de 3 de octubre de 2014 (AS 2014\2822). En este caso se concede prestación de maternidad por adopción a mujer cónyuge del marido padre biológico de dos menores aun cuando se disfrutó en su momento completamente del permiso de maternidad.