

El derecho a la prestación por maternidad del padre que contrata en solitario un vientre de alquiler. Comentario a la Sentencia del Pleno de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, núm. 881/2016, de 25 de octubre (Recud. 3818/2015)

Right to maternity benefit and father alone who contracts a rent belly. Commentary on the Sentence of the Spanish Supreme Court number 881/2016, of 25 October

FAUSTINO CAVAS MARTÍNEZ

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE MURCIA

Resumen

El presente trabajo analiza la doctrina que recientemente ha fijado la Sala Cuarta del Tribunal Supremo sobre reconocimiento de la prestación por maternidad cuanto se recurre a un contrato de gestación por sustitución (maternidad subrogada), y más concretamente cuando el solicitante de la prestación es el padre biológico y registral que, una vez producido el alumbramiento, asume en solitario la crianza de los neonatos.

Abstract

This paper analyzes the doctrine established by the Spanish Supreme Court on recognition of maternity benefit in the case of a gestation contract by substitution (surrogacy maternity), and more specifically when the applicant is the biological and registered father who, once the childbirth has taken place, assumes alone the rising children.

Palabras clave

Seguridad Social, maternidad, paternidad, vientre de alquiler

Keywords

Social Security, maternity, paternity, rent belly

1. PRESENTACIÓN

La Sala Cuarta del Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse recientemente sobre el espinoso tema del acceso a las prestaciones de Seguridad Social en caso de maternidad subrogada o gestación por sustitución, y lo ha hecho, dada la importancia jurídica y social del asunto, en dos resoluciones del Pleno que fueron votadas en la misma sesión (19-10-2016) pero que tienen fechas distintas, el 25 de octubre y el 16 de noviembre de 2016, de las que han sido ponentes el Magistrado Antonio-V. Sempere Navarro y la Magistrada M^a Luisa Segoviano Astaburuaga, respectivamente. La imposibilidad de alcanzar la unanimidad en asunto tan sensible y polémico ha provocado la emisión de tres votos particulares –uno de ellos concurrente– a la doctrina mayoritaria de la sentencia de 25 de octubre y otros dos votos particulares a la de 16 de noviembre de 2016. Aunque el argumentario de las dos sentencias, tanto en la formulación de la tesis predominante como de los votos particulares, es coincidente en muchos aspectos, fundamentalmente en la discusión acerca de los efectos jurídicos y más concretamente prestacionales de la maternidad subrogada en España, presentan sin embargo algunas diferencias significativas, derivadas del hecho de que el sujeto solicitante de la prestación por maternidad es, en la sentencia de 16 de

noviembre, la madre comitente o subrogante, mientras que en la de 25 de octubre de 2016 interesa la prestación el padre biológico y registral de las menores, que recurrió en solitario a la contratación de un vientre de alquiler.

La STS de 25 de octubre de 2016, única en la que se va a centrar este comentario, resuelve el recurso de casación para la unificación de doctrina número 3818/2015, interpuesto por el INSS contra la STSJ de Cataluña de 15 de septiembre de 2015, que estimando el recurso de suplicación formulado contra una sentencia del Juzgado de lo Social de Mataró, la revocó para reconocer al solicitante (padre de dos niñas nacidas en Nueva Delhi mediante técnica de reproducción humana asistida, en la que el accionante fue el padre genético y los óvulos fueron de una donante que gestó por subrogación a favor de aquél y, pese a figurar inscrita en el Registro consular como madre biológica de las menores, renunció a todas las funciones y obligaciones derivadas de la patria potestad) la prestación de maternidad por duración de 18 semanas al tratarse de un parto múltiple, y además el correspondiente subsidio especial por cada hijo o menor acogido a partir del segundo por igual importe que el que correspondía percibir por el primero, durante el período de 6 semanas inmediatamente posteriores al parto con efectos a la fecha de la solicitud. La entidad gestora aporta como sentencia contradictoria con la recurrida, la dictada por la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco de 13 de mayo de 2015, que desestima la pretensión de reconocimiento de la prestación de maternidad solicitada por una mujer que había acudido al Condado de San Diego (EE.UU.) para concertar una gestación por sustitución de la que nacieron dos niños, inscritos en el Registro Local, y ello pese a que la Corte Superior de California declaró a la demandante única progenitora legal de los niños, atribuyéndole su custodia legal y física. Ya se adelanta que el Tribunal Supremo, al menos la tesis mayoritaria, se pronuncia favorable a reconocer el derecho a la prestación por maternidad al padre biológico de las niñas [el derecho a la prestación por paternidad no se discute], resultando determinantes en esta concesión la constatación del status de progenitor único del reclamante ante el abandono de la madre, la concurrencia de un estado real de necesidad precisado de atención, la ausencia de fraude de ley y la consideración al superior interés del menor, cuyo respeto ha de observar cualquier decisión que les afecte. El Ministerio Fiscal también se inclina por mantener el criterio acogido en la sentencia recurrida. Conviene señalar que, de los tres votos particulares formulados a la sentencia, uno de ellos se muestra expresamente partidario de reconocer la prestación de maternidad al padre biológico que *de facto* actúa como progenitor único, bien que sobre la base de argumentos distintos a los acogidos por la posición dominante, y otro entiende que el recurso debió inadmitirse por no concurrir el presupuesto de contradicción doctrinal, con lo que, a la postre, el resultado habría sido el mismo: la confirmación de la sentencia del tribunal catalán y el reconocimiento del derecho al padre. El tercer voto se declara abiertamente contrario a reconocer la prestación por maternidad en los casos de gestación por sustitución, y concretamente a quien ha accedido a la condición de padre por esta vía, prohibida en nuestro ordenamiento jurídico.

2. REFERENCIAS NORMATIVAS RELEVANTES PARA LA RESOLUCIÓN DEL CASO

Dos son los grupos normativos que deben ser interpretados y aplicados para dar respuesta a la cuestión planteada en el recurso de si procede reconocer prestación por maternidad a favor del trabajador que, en virtud de un contrato de gestación por sustitución,

aparece como padre biológico, inscrito como tal en el Registro Civil del Consulado de España en Nueva Delhi (conforme al art. 113 del Código Civil), de dos niñas nacidas de la madre biológica que ha renunciado al ejercicio de los derechos y deberes derivados de la filiación materna.

En primer término, y puesto que el eje de la argumentación gira en torno a la validez y efectos de la figura conocida como “maternidad subrogada” (también denominada gestación por sustitución, vientre de alquiler, madres portadoras, madres suplentes...), procede señalar que el artículo 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida humana, la define como aquel “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”. No exige, pues, el precepto para que exista maternidad subrogada la intervención de una madre subrogante o comitente; además de la madre subrogada, el otro sujeto del contrato de gestación por sustitución puede ser una mujer que desea ser madre pero también un varón al que, por renuncia de la madre biológica, se transfieran la totalidad de los derechos y obligaciones derivados de la paternidad. De hecho, la parte contratante, distinta de la mujer que asume la gestación, puede ser individual o plural, y además con independencia de su sexo. Dicho contrato es calificado como “nulo de pleno derecho” por el citado precepto, donde asimismo se añade que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto (apartado 2), si bien se deja a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico (apartado 3). Queda claro, pues, que esta norma no impide en ningún caso que los comitentes de un contrato de gestación puedan formalizar posteriormente la maternidad/paternidad, a través de los cauces permitidos para ello (adopción o acogimiento, reconocimiento de la paternidad), y ello a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos jurídicos, pero resulta indudable que, en nuestro país, la filiación inicial corresponde a la madre biológica, al margen de lo que la certificación registral extranjera pueda indicar. España se sitúa, por tanto, en el grupo de países donde la prohibición de la gestación por sustitución es más rígida, existiendo otros países en los cuales se admite con determinados condicionantes (como que no exista contraprestación económica o que esté vinculada con problemas médicos de la madre para afrontar la gestación), o se admiten sin ningún tipo de restricción, es decir, sea un contrato a título oneroso o gratuito (la mayor parte de los conflictos planteados a los tribunales españoles provienen de contratos de gestación por sustitución suscritos en diversos Estados de los EE.UU.)¹.

En segundo lugar, el artículo 133 bis de la LGSS/1994, aplicable en la fecha que ocurrieron los hechos de los que conoce la STS de 25 de octubre de 2016, contempla como conjunto específico de situaciones protegidas “la maternidad, la adopción y el acogimiento, tanto preadoptivo o permanente como simple de conformidad con el Código Civil 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 periodos de descanso que por tales causas se disfrutan, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48.4 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real

¹ CERVILLA GARZÓN, M^a.J., “El avance hacia el reconocimiento del derecho a la prestación por maternidad y otros derechos sociales en los supuestos de gestación por sustitución”, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 188, 2016, <https://proview.thomsonreuters.com>, p. 4/27.

Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo y, y en el artículo 30.3 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la reforma de la función pública”. Parecido tenor presenta el actual artículo 177 del TRLGSS de 2015, si bien la terminología se ha actualizado y alude ahora a la guarda con fines de adopción y las remisiones normativas se efectúan a los apartados 4, 5 y 6 del artículo 48 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (aprobado por RDLvo. 2/2015, de 23 de octubre) y a lo dispuesto en el artículo 49.a) y b) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. Por tanto, el ordenamiento de seguridad social recurre a una técnica mixta a la hora de configurar la situación protegida, pues por un lado afirma que son situaciones protegidas la maternidad, la adopción y el acogimiento, pero acto seguido precisa que la protección se dispensará durante los períodos de descanso que se disfruten en tales situaciones conforme a lo dispuesto en la legislación laboral, funcionarial y estatutaria básica. A lo anterior debe añadirse lo establecido en el artículo 2.2 del RD 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, que dice: “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”. Por último, también hay que conocer para delimitar las situaciones protegidas, junto a las normas laborales y funcionariales en materia de suspensión del contrato o reconocimiento de la licencia correspondiente, las normas jurídico-civiles que delimitan los conceptos de adopción, guarda para la adopción y acogimiento.

A la vista de este conjunto normativo, el primer supuesto merecedor de protección por parte de la Seguridad Social es la “maternidad”, y por tal habrá de entenderse la maternidad biológica de la trabajadora o la funcionaria, sin que ni la norma remitente (art. 133 bis LGSS) ni la remitida (art., 48 ET) hagan mención expresa al supuesto de maternidad por subrogación. En todo caso, conviene precisar que la interdicción de la gestación por sustitución se remonta a una norma de 1988 (art. 10 de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, de Técnicas de Reproducción Asistida), anterior a la delimitación de las situaciones protegidas en referencia a la maternidad que llevan a cabo la LGSS (1994) y el ET (1995), lo que, acudiendo a una interpretación unitaria e integradora del ordenamiento jurídico, daría argumentos a quienes rechazan que una situación prohibida expresamente por la legislación civil pueda generar derechos prestacionales. Con todo, tendremos ocasión de comprobar más adelante cómo, en determinadas circunstancias, el orden público social –protector– impone, y es de justicia que así suceda, una solución que contradiga el orden público civil.

En caso de parto, la norma laboral reconoce el derecho a un descanso de 16 semanas –ampliables en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo en supuestos de parto múltiple–, que persigue una doble finalidad: por un lado, atender a la recuperación, seguridad y salud de la madre y, por otro, la protección de las especiales relaciones entre la madre y su hijo durante el período posterior al nacimiento del menor, en palabras de la STJUE de 18 de marzo de 2014, C-167/12, “*evitando que la acumulación de cargas que deriva del ejercicio simultáneo de una actividad profesional perturbe dichas relaciones*”. A las que cabría añadir una tercera y obvia finalidad: satisfacer las necesidades de atención y cuidados del menor. Consecuencia de esa triple finalidad es que, de esas dieciséis semanas, al menos seis habrán de ser posteriores al alumbramiento y disfrutadas por la madre –período puerperal

obligatorio—, mientras que las otras diez —o las que resten en caso de parto múltiple— podrán ser disfrutadas indistintamente antes o después del parto, si bien, en caso de que ambos progenitores trabajen, la madre, antes del inicio del descanso por maternidad, puede atribuir al otro progenitor (la norma elude hablar de “padre”, de modo que el derecho puede compartirse con la pareja femenina que hubiera adoptado al hijo biológico de la otra) el disfrute de una parte determinada e ininterrumpida de ese período de descanso, bien de forma simultánea, bien de forma sucesiva con la madre, pero en todo caso después del parto. Si la madre biológica no trabaja, el otro progenitor no podrá acceder al descanso subsidiado por maternidad (salvo que aquélla fallezca), por la sencilla y anacrónica razón de que, en tal caso, el ordenamiento entiende que el recién nacido está suficientemente atendido por la madre, que ningún derecho puede ceder al otro progenitor al no trabajar. En caso de adopción o acogimiento, se conceden igualmente dieciséis semanas, pero en este caso el descanso puede ser tomado indistintamente por ambos progenitores y la única finalidad que se atiende es el cuidado del menor.

Por lo que interesa concretamente a este comentario, ya es hora de indicar que el padre biológico trabajador únicamente puede optar al disfrute total o parcial del permiso de maternidad subsidiado (compatible con el permiso de paternidad) en alguna de estas tres situaciones (art. 48.4 ET, art. 3 RD 295/2009):

- a) En la situación ya descrita de cesión por la madre al otro progenitor de una parte determinada e ininterrumpida del período de descanso posterior al parto, bien de forma simultánea, bien de forma sucesiva con la madre.
- b) En caso de fallecimiento de la madre con supervivencia del hijo, en cuya luctuosa situación el otro progenitor puede hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste del período de suspensión computado desde la fecha del parto, con independencia de que la madre trabajase o no, siempre que aquél acredite los requisitos exigidos y sin que pueda ya descontarse del mismo la parte que la madre hubiera podido disfrutar con anterioridad al parto.
- c) En el supuesto 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.

En ninguna de estas posibilidades se halla comprendido el supuesto del padre biológico y registral que ha accedido a la paternidad recurriendo a un vientre de alquiler, con posterior abandono por la madre biológica de las obligaciones que le incumben sobre el hijo, hecho éste que convierte al padre, al menos *de facto* —toda vez que esa renuncia no produce efecto jurídico alguno según el derecho español— en progenitor único y custodio del recién nacido, por lo que dialécticamente cabría plantearse su equiparación vía analógica con el supuesto de fallecimiento de la madre o con la adopción/acogimiento monoparental, supuestos que dejan al menor en idéntica situación de necesidad que cuando se trata del comitente único de un contrato de gestación por sustitución. Y es que, como señala la Sala Cuarta al fundamentar su decisión al recurso 3818/2015, que la maternidad por subrogación no aparezca *expresis verbis* contemplada en la LGSS cuando identifica las situaciones protegidas por las prestaciones de “maternidad”, no debe significar automáticamente la exclusión de esta forma de constituir la filiación de su ámbito protector, ya que pueden barajarse diversas hipótesis interpretativas: “*que el listado de situaciones protegidas posee*

carácter cerrado y rechaza los casos como el ahora examinado; que la maternidad subrogada no deja de ser una variante de la genérica, por lo que ha de subsumirse en ella; que la analogía aconseja asimilar el supuesto al de acogimiento; en fin, que estamos ante una Ley contraria a la Constitución puesto que discrimina por razón de género a determinadas personas que desean acceder a la paternidad; o que los menores de padres subrogados son objeto de un trato peyorativo que es asimismo incompatible con el art. 14 CE”.

En el plano internacional, también son relevantes para la resolución de la cuestión controvertida lo dispuesto en los artículos 2 y 3 de la Convención sobre los derechos del niño², así como el artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales³.

Por último, tanto el artículo 48.4 del ET como los referentes a la protección que se dispensa en la normas de Seguridad Social a las situaciones descritas en la normativa laboral, en especial los artículos 133 bis (actual artículo 177) y 133 ter (actual artículo 178) forman parte del desarrollo del mandato constitucional –art. 39 de la CE– que establece la protección a la familia y a la infancia, finalidad que, según el Tribunal Supremo, ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa.

3. PRONUNCIAMIENTOS DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA Y DEL TRIBUNAL EUTROPEO DE DERECHOS HUMANOS

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo se pronunció en una importante sentencia de 6 de febrero de 2014 sobre la cuestión relativa a la posibilidad de inscribir en el registro civil a un menor nacido en el extranjero mediante un contrato de maternidad subrogada, rechazando sin ambages la condición de progenitores a los que denominados “*padres intencionales*”. La sentencia deja sin efecto la Resolución de 18 de febrero de 2009 de la Dirección General de los Registros y del Notariado que había acordado inscribir en el Registro Civil el nacimiento de dos niños en San Diego, hijos de un matrimonio homosexual⁴, argumentando que la decisión de la autoridad registral de California era

² Artículo 2: “Todos los derechos deben ser aplicados a todos los niños sin excepción alguna y es obligación del Estado tomar las medidas necesarias para protegerle de toda forma de discriminación”. Artículo 3: “Todas las medidas respecto del niño deben estar basadas en la consideración de su interés superior”.

³ Artículo 8: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

⁴ La Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la misma Dirección General de los Registros y del Notariado examina la cuestión referente al régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. En ella se rechaza como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido la certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica, exigiendo para la inscripción del nacimiento la presentación, junto a la solicitud de inscripción, de la resolución judicial dictada por Tribunal competente, determinante de la filiación, la cual debe ser objeto de exequátur. Si la resolución judicial extranjera tuviera su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, el (...)

contraria al orden público internacional español por resultar incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares, en concreto de la filiación, inspiradas en los valores constitucionales de dignidad de la persona, respeto a su integridad moral y protección de la infancia y por ser contraria al artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de octubre. Se considera que la cláusula general del interés superior del menor, contenida en la legislación, no permite al juez alcanzar cualquier resultado en la aplicación de la misma, sino que su aplicación ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma, y que junto con dicho principio hay otros que han de tomarse en consideración, como son el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación del estado de necesidad en que pueden encontrarse determinadas mujeres, impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación. Se descarta que se hubiera generado una situación de desprotección para los menores aduciendo que la protección ha de otorgárseles partiendo de las previsiones de las leyes y convenios aplicables en España, existiendo en nuestro ordenamiento diversas instituciones para evitar dicha situación. No obstante, la STS acepta que denegar la inscripción registral puede comportar alguna disfunción o perjuicio para los menores, pero relativiza sus consecuencias prácticas (posible internamiento en un orfanato, o envío de los menores a USA) puesto que *“si los menores tienen relaciones familiares de facto con los recurrentes, la solución que haya de buscarse tanto por los recurrentes como por las autoridades públicas que intervengan, habría de partir de este dato y permitir el desarrollo y la protección de estos vínculos”*.

Aunque en virtud de esta doctrina la maternidad subrogada no permitiría a los comitentes acceder directamente a la suspensión del contrato y consiguiente prestación por maternidad a raíz del nacimiento del hijo, al no poderlo inscribir en el registro civil como hijo propio con base en el documento extranjero que les atribuya la paternidad, ello no significa que en este tipo de situaciones la prestación por maternidad necesariamente se pierda al no hacer uso de él el único sujeto que en, principio, estaría habilitado legalmente para disfrutarlo (la madre biológica), sólo que será más complejo su reconocimiento al tener que acudir los padres intencionales a determinados “circunloquios jurídicos” para lograr la inscripción registral de la filiación y, a partir de ella, poder ejercitar los derechos que la Seguridad Social reconoce ante este hecho⁵. La Sala Cuarta, sin embargo, ha venido a allanar el camino a los sujetos comitentes de modo que éstos no tengan que iniciar un periplo de trámites administrativos y judiciales (reconocimiento de la paternidad, adopción) para dejar constancia de esta particular forma de filiación y poder acceder así a las prestaciones que la Seguridad Social contempla para proteger la maternidad, la paternidad y la familia.

encargado del Registro Civil controlará incidentalmente, como requisito previo a su inscripción, si tal resolución judicial puede ser reconocida en España.

⁵ Una exposición de los mecanismos que permiten acceder a la inscripción de los hijos nacidos mediante maternidad subrogada, distinguiendo entre las diversas situaciones posibles (vientre de alquiler contratado por un varón en solitario, contrato de sustitución suscrito por pareja heterosexual, dualidad de comitentes de sexo femenino, mujer que recurre en solitario a la maternidad subrogada), que, de un modo u otro, desembocan en la necesidad de adoptar al menor nacido por este método para poder inscribirlo en el registro civil español, en SELMA PENALVA, A., “Nuevas posiciones en torno a la maternidad subrogada”, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 172 (2015), <https://proview.thomsonreuters.com>, pp. 10 y 11.

Con posterioridad al dictado de esta sentencia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos emitió dos pronunciamientos, de 26 de junio de 2014 y 27 de enero de 2015, en virtud de los cuales se establece que la denegación de la inscripción registral de los hijos, cuyo nacimiento ha sido fruto de la previa suscripción de un contrato de maternidad subrogada, supone una vulneración del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, pues debe prevalecer el interés del menor frente a las consecuencias jurídicas que implica la ausencia de inscripción registral. En los dos casos resueltos por la STEDH de 26 de junio de 2014 (*Mennesson c. Francia y Labassee c. Francia*), el Tribunal de Casación francés habría vulnerado el respeto a la vida privada de las niñas nacidas por este método al obstaculizar tanto el reconocimiento como el establecimiento de su vínculo de filiación respecto de su padre biológico (dado que ni siquiera le permite reconocerlas como hijas o adoptarlas). Y en el asunto resuelto por la STEDH de 27 de enero de 2015 (*caso Paradiso y Campanelli c. Italia*), el Tribunal aprecia la vulneración del art. 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales al considerar contrario a éste la decisión de las autoridades italianas de alejar al niño de los padres y ponerlo bajo la tutela de una institución, dado que su convivencia durante más de seis meses supone que los tres constituían un núcleo familiar “*de facto*”.

Aunque la aparición de estos pronunciamientos del TEDH pudiera hacer pensar que la postura del TS antes comentada en materia de inscripción registral ya no resulta acorde a los mismos y debiera ser revisada, lo cierto es que la referida sentencia de 6 febrero 2014 fue objeto de un incidente de nulidad de actuaciones, principalmente basado en la doctrina sentada por el TEDH en junio de 2014, y la Sala de lo Civil mediante Auto de 2 de febrero de 2015 ha rechazado rectificar su criterio porque: a) el ordenamiento español (a diferencia del francés o el italiano) admite en estos supuestos la determinación de filiación paterna y, en todo caso, cabe la protección del menor mediante la adopción o el acogimiento; b) una vez determinada la filiación biológica y la filiación por criterios no biológicos, el menor tendría la nacionalidad española y podrá heredar como hijo; c) la sentencia combatida tiene en cuenta la prevalencia del interés superior del menor; y d) el litigio español es distinto, pues se impugnaba la inscripción en el Registro Civil con base en las actas de nacimiento de California. Ahora bien, lo único que cabe concluir de esta doctrina civil es que nuestro ordenamiento no acepta la validez de la maternidad por subrogación y asigna la paternidad en tales casos a la madre biológica, debiendo rechazarse la inscripción como hijos biológicos de los padres subrogados; en modo alguno está avalando el apartamiento de un menor de quienes en realidad actúan como padres, pues, lejos de ello, sus consideraciones finales exhortan a la búsqueda de remedios para proteger al menor que ya está inserto *de facto* en el núcleo familiar.

A los efectos prestacionales que aquí se discuten, se concluye que el Convenio Europeo de Derechos Humanos y las SSTEDH de 26 de junio de 2014 y 267 de enero de 2015 amparan el derecho a la inscripción de menores nacidos tras gestación por sustitución en determinados casos, pero no condicionan el derecho a la protección social.

Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha abordado de manera frontal el posible derecho a percibir prestaciones de maternidad en casos de gestación por sustitución. Lo ha hecho en dos resoluciones de 18 de marzo de 2014 (C-167/12 y C-363/12) y en ambas rechaza que los respectivos Estados (Reino Unido e Irlanda) estén obligados por

el Derecho comunitario (Directiva 92/85/CEE, Directiva 2000/78/CE y Directiva 2006/54/CE) a reconocer un permiso de maternidad a las madres subrogantes. El TJUE considera que no constituye una discriminación basada en el sexo ni en la discapacidad el hecho de denegar la concesión de un permiso retribuido equivalente a un permiso de maternidad o un permiso por adopción a quien ha recurrido a un convenio de gestación por sustitución. El Derecho de la Unión Europea no ampara por tanto el derecho a obtener una prestación por maternidad en caso de maternidad subrogada, pero tampoco excluye esa posibilidad si procediera con arreglo al derecho interno por resultar éste más favorable.

4. LA POSTURA DE LA ENTIDAD GESTORA

La postura de la Entidad Gestora ha sido contraria en todo momento al reconocimiento de la prestación por maternidad en situaciones de maternidad subrogada, tanto cuando la solicitud procede de la madre subrogante (por carecer de la titularidad del derecho al no ser la madre biológica) como cuando, como ocurre en el caso ahora examinado, el solicitante es el padre comitente que ha recurrido en solitario a una madre de alquiler, sin que pueda asimilarse su situación a una maternidad monoparental. Y lo hace bajo el argumento de que la gestación por sustitución y su resultado, la maternidad subrogada, no solo no está expresamente contemplada como situación protegida en las normas de Seguridad Social, sino porque, además, es una conducta prohibida y, como tal, nula y sin efectos. De este modo compendia la Sala Cuarta los argumentos invocados por el INSS para rechazar las prestaciones por maternidad que se le reclaman:

- Es consecuencia inequívoca de lo preceptuado por el art. 6, apartados 3 y 4 del Código Civil, el art. 23 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, el art. 981 de la LEC y el art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo.
- El art. 133 bis LGSS (actual art. 177 LGSS) establece como situaciones protegidas por maternidad, la propia maternidad natural, la adopción y el acogimiento, tanto preadoptivo, como permanente o simple, pero no la maternidad por subrogación.
- De haberlo querido, el legislador habría contemplado el supuesto y no lo ha hecho. Lo mismo sucede con el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo.
- La doctrina sentada por la Sala Primera del Tribunal Supremo y la dimanante de las SSTJUE de 18 de marzo de 2014 conducen a esa misma negativa.
- El contrato de gestación por sustitución del que trae causa el derecho al permiso de maternidad, así como su correspondiente prestación, es plenamente nulo y fraudulento. La mera inscripción registral de la filiación no puede crear efectos constitutivos para una situación nula de pleno Derecho.
- La prestación económica por maternidad trata de proteger a la mujer trabajadora, siendo el interés del menor una consecuencia, pero no el principal bien protegido.
- La finalidad de la protección de la maternidad por parto no es equiparable con la de gestación por sustitución, porque la finalidad que se persigue con esta concreta protección es diferente: salud de la madre, antes y después del parto, además de la de su atención al nacido.

En este ámbito administrativo, existen al menos dos criterios técnicos de la Dirección general de Ordenación de la Seguridad Social (de 23 de julio de 2009 y 15 de julio de 2010) sobre maternidad subrogada que abogan por restringir el acceso a la prestación por maternidad cuando se ha recurrido a un vientre de alquiler, aunque sí se reconoce la prestación paternidad al concurrir el hecho causante y para paliar en parte la desprotección del hijo nacido, sin que se considere posible implementar una argumentación analógica con el supuesto de adopción o acogimiento al tratarse de supuestos diferentes y con características propias⁶.

5. DISPARIDAD DE PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES INTERNOS SOBRE RECONOCIMIENTO DE LA PRESTACIÓN POR MATERNIDAD A LOS PADRES INTENCIONALES

La ausencia de normativa expresa que regule la maternidad subrogada y sus consecuencias en materia de protección social ha propiciado la aparición de numerosos pronunciamientos judiciales que, hasta el momento de producirse la unificación doctrinal de la mano de las SSTs de 25 de octubre y 16 de noviembre de 2016, han proporcionado soluciones dispares y contradictorias al intrincado problema jurídico que se plantea cuando los progenitores intencionales interesan el reconocimiento de las prestaciones de maternidad y paternidad.

Así, con anterioridad a la resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 18 de febrero de 2009 que permitió la inscripción registral de los menores nacidos en San Diego (California) en base a la concertación de un contrato de gestación por sustitución, varias resoluciones judiciales otorgaron el derecho a la prestación por maternidad sin demasiados problemas interpretativos⁷. Así lo hicieron, entre otras, la STSJ Madrid de 30 de noviembre de 2009, que resolvió el caso de una niña nacida en EE.UU. de una madre biológica que, de manera expresa, renunció judicialmente a toda relación materno-filial con la menor, las cual quedó bajo la patria potestad y custodia exclusiva del padre. Si bien en los hechos probados no consta expresamente que hubiese existido maternidad subrogada, el tribunal de suplicación entendió que la situación de este padre único era similar a la de un padre adoptivo así como a la del padre que se queda a cargo exclusivo del menor por fallecimiento de la madre, por lo que a él corresponde, en exclusividad, el disfrute único de la prestación de maternidad.

En una resolución más reciente del mismo tribunal, de 18 de octubre de 2012 (rec. 1875/2012), se aborda un caso idéntico al debatido más tarde por la STS/1ª de 6 de febrero de 2014: pareja homosexual masculina que contrata un vientre de alquiler en EE.UU. y dispone de un documento jurisdiccional tras el alumbramiento que declara a ambos padres de la niña nacida mediante esta técnica. La sentencia efectúa un notable esfuerzo por diferenciar los dos puestos de concreción de la prestación de maternidad, por parto y por adopción, llegando a la conclusión de que la situación aquí cuestionada es similar a la que, también

⁶ Una exposición de estos criterios en ARIAS DOMÍNGUEZ, A., “Maternidad subrogada y prestaciones de maternidad y paternidad”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 8 (2016), pp. 83 y 84.

⁷ ARIAS DOMÍNGUEZ, A., “Maternidad subrogada y prestaciones de maternidad y paternidad”, *cit.*, p. 85. En las páginas 86 a 91 recoge una selección de sentencias evacuadas por diversos TTSJ, a favor y en contra de reconocer la prestación por maternidad a los padres intencionales.

como progenitores, ocupan respecto del nacido aquellos que recurren a la adopción o acogimiento familiar en el marco de las relaciones laborales y familiares en la que están inmersos. En otra sentencia del TSJ madrileño, de 3 de marzo de 2013 (rec. 3783/2012), se vuelve a conceder la prestación por maternidad, rechazando que la nulidad del contrato de gestación por sustitución no pueda tener consecuencias jurídicas y, por otro lado, poniendo el acento de la prestación y de su concesión en el bien superior del menor, debiendo evitarse cualquier discriminación por razón de la filiación.

Recurriendo a parecidos argumentos también se mostraron favorables a conceder la prestación por maternidad las SSTSJ de Cataluña de 23 de noviembre de 2012 (rec. 6240/2011) y Asturias de 20 de septiembre de 2012 (rec. 1604/2012).

Sin embargo, la aparición de las dos SSTJUE de 18 de marzo de 2014, antes referenciadas, dio paso a un importante número de sentencias de Tribunales Superiores de Justicia españoles que, con invocación expresa de la misma, comenzaron a denegar las prestaciones por maternidad a los padres intencionales que la solicitaron. Así lo hicieron, entre otras, las SSTSJ de Madrid de 7 de julio de 2014 (rec. 142/2014) y 5 de octubre de 2015 (rec. 473/2015), así como las SSTSJ del País Vasco de 13 de mayo de 2014 (rec. 749/2014) y 3 de mayo de 2016 (rec. 651/2016). A nuestro juicio, la invocación de la doctrina alumbrada por el TJUE en aquellas sentencias para, con apoyo en la misma, rechazar la prestación es impertinente, toda vez que lo que el tribunal de Luxemburgo declaró allí es que el Derecho comunitario no obliga a los Estados miembros a reconocer un permiso por maternidad a las madres subrogantes y, por tanto, no es contrario a la norma comunitaria que las legislaciones nacionales no prevean estas circunstancias y estos efectos, pero tampoco prohíbe su concesión.

En una tercera fase, cuando el influjo de las SSTJUE ya se había atenuado, aparecieron de nuevo pronunciamientos reconociendo la prestación por maternidad en casos de gestación de un menor por útero subrogado: SSTSJ de Madrid de 23 de diciembre de 2014 (rec. 497/2014); 17 de julio de 2015 (rec. 429/2015); 12 de febrero de 2016 (rec. 739/2015) y 31 de marzo de 2016 (rec. 577/2015); SSTSJ de Cataluña de 9 de marzo de 2015 (rec. 126/2015); 1 de julio de 2015 (rec. 2460/2015); 15 de septiembre de 2015 (rec. 2299/2015) y 11 de marzo de 2016 (rec. 577/2015); Islas Canarias (Las Palmas) de 7 de julio de 2014 (AS 2014/2769).

Los argumentos que se manejan para conceder la prestación son, en síntesis, los siguientes: la situación de maternidad subrogada es análoga a la maternidad por adopción o acogimiento; la nulidad del contrato de gestación por sustitución no puede suponer la privación del derecho a la prestación por maternidad, toda vez que ésta no persigue únicamente la recuperación física y psíquica de la madre, sino también la atención o cuidado del menor; los problemas de filiación del menor no deben dificultar la concesión de prestaciones que tienen como finalidad, al menos en parte, protegerlo; es el interés superior del menor el que debe llevar a respetar su derecho a disfrutar plenamente de su vida familiar y privada ex. art. 8 en relación con el 14 del CEDH de 1950; la maternidad por subrogación puede subsumirse en la situación reglamentariamente prevista de otras instituciones jurídicas, declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y acogimiento preadoptivo o permanente, cualquiera que sea su denominación; carece de sentido invocar la Ley 14/2006, de 26 de

mayo, pues no es una norma reguladora de la prestación, ni tiene por objeto condicionar la atención a los menores, cuestión ajena a la petición de prestación económica de la Seguridad Social.

6. DOCTRINA UNIFICADA: LA PROTECCIÓN DEL MENOR COMO FIN ÚLTIMO DE LA PRESTACIÓN POR MATERNIDAD Y FUNDAMENTO DE SU RECONOCIMIENTO EN LOS CASOS DE MATERNIDAD SUBROGADA

La cohorte de argumentos que desfila por las sentencias de los tribunales superiores de justicia para reconocer la prestación por maternidad a los progenitores intencionales reaparece, con adición de otros nuevos y precisión de algunos que ya han sido apuntados, en las dos SSTs de 25 de octubre y 16 de noviembre que han unificado doctrina sobre concesión de la prestación por maternidad en situaciones de maternidad subrogada, siendo sujeto solicitante en la de octubre la madre subrogante y en la del mes de noviembre el padre biológico que suscribió en solitario un contrato de gestación por sustitución.

Para conocer dichos argumentos acudiremos a la STS de 25 de octubre de 2016, por ser la que ofrece una estructura más clara y despliega una mayor riqueza argumentativa, toda vez que incluye razones adicionales para conceder la prestación que específicamente se refieren a la situación del padre biológico y registral único.

Partiendo de que la pretensión de deducir una respuesta directa y vinculante de lo establecido en las sentencias del TEDH (para reconocer la prestación) o del TJUE (para denegarla) y del TS Sala Civil (igualmente para denegarla), es equivocada, comienza la Sala señalando que, si bien el interés superior del menor no puede erigirse en principio a partir del cual los órganos jurisdiccionales alteren el contenido de las normas y eludan la sujeción al ordenamiento jurídico, *“sí constituye un canon interpretativo de relevancia cuando debemos aplicar normas que lo han querido tener presente, como aquí sucede”*. A este respecto, se incide por la Sala en la idea de que la protección que la Seguridad Social dispensa a la maternidad va mucho más allá del descanso asociado al alumbramiento, bastando para ello con reparar en aquellas situaciones en las que se dispensa igualmente protección por maternidad sin existir alumbramiento (adopción, acogimiento...). Se considera, pues, razonable que quien es y actúa como progenitor pueda estar a su cuidado al amparo de la situación protegida por la Seguridad Social, siempre que el ordenamiento lo permita. Y es aquí donde enlaza con otro argumento que va a ser determinante para el reconocimiento de la prestación interesada: la actual regulación legal (LGSS) y reglamentaria (RD 295/2009) omite la contemplación de la maternidad subrogada como situación protegida, pero el elenco de situaciones protegidas no es tan cerrado como para impedir su interpretación en el sentido más favorable a los objetivos constitucionales de protección al menor, con independencia de su filiación, y de conciliación de la vida laboral y familiar. Razona la sentencia que *“pugna con la lógica más primaria que se deniegue la prestación en los supuestos de gestación por sustitución cuando se reconocería ex lege si el solicitante se hubiera limitado a adoptar o a acoger a un menor, o a manifestar que lo ha engendrado junto con la madre”*. Se comparte el argumento, si bien con la matización de que, en caso de maternidad biológica, no basta con acreditar la paternidad para disfrutar automáticamente del descanso por maternidad sino que han de darse además las circunstancias legal y reglamentariamente previstas para la atribución de todo o parte del descanso al padre (fallecimiento de la madre o desarrollo por ésta de una actividad profesional sin derecho a protección por maternidad).

La integración de los menores en la unidad familiar es un punto muy relevante a considerar, aunque dicha integración sea consecuencia de una maternidad subrogada que el ordenamiento jurídico proscribe. Nuevamente accede a primer plano la consideración al superior interés del menor. Cuando el padre (biológico, tras maternidad subrogada) es el único de los progenitores que está al cuidado de los/as menores, la única forma de atender la situación de necesidad consiste en permitirle el acceso a las prestaciones, sin que sea obstáculo para ello que el negocio jurídico que da paso a la referida situación de necesidad sea jurídicamente nulo. Como certeramente apunta la sentencia, el ordenamiento laboral no es ajeno al reconocimiento de efectos en casos de negocios jurídicos afectados de nulidad: por ejemplo, cuando se reconoce el derecho se reconoce el derecho al salario por el tiempo ya trabajador al amparo de un contrato que resultase nulo (art. 9.2 ET); se establece pensión de viudedad en determinados casos de nulidad matrimonial (art. 220.3 LGSS/2015); se acotan los efectos de la ausencia de permiso de trabajo (art. 36.5 LOEx 4/2005); se conceden ciertos efectos a los matrimonios poligámicos, etc. Con el reconocimiento de la prestación por maternidad no se está vulnerando lo dispuesto en el art. 10 de la Ley 14/2006, sobre técnicas de reproducción asistida, sino que se están armonizando mandatos normativos diversos –nulidad del contrato de maternidad por subrogación, protección de la maternidad y la paternidad en las normas de Seguridad Social sin mayores restricciones– que obedecen a lógicas diversas y tienen aproximaciones diferentes al mismo supuesto de hecho, buscando el resultado más acorde con los principios constitucionales que ordenan a los poderes públicos procurar la protección social de la familia, la protección integral de los hijos y velar por los derechos de los niños, que están en la base de las políticas y derechos sobre conciliación de la vida laboral y familiar. *“En suma: que una Ley que una Ley Civil prescriba la nulidad del contrato de maternidad por subrogación no elimina la situación de necesidad surgida por el nacimiento del menor y su inserción en determinado núcleo familiar; y tal situación de necesidad debe ser afrontada desde la perspectiva de las prestaciones de Seguridad Social procurando que esos hijos no vean mermados sus derechos”*.

Por si los argumentos precedentes no contrarrestaran de forma suficiente los desplegados por el INSS al denegar las prestaciones cuando media una maternidad por subrogación, la STS de 25 de octubre de 2016 añade otros que refuerzan las razones para otorgar la prestación cuando el solicitante es el padre biológico y registral de las neonatas. Se argumenta en este sentido que *“Carece de sentido admitir la protección cuando nace un hijo fuera del matrimonio, o como consecuencia de una relación sexual esporádica, pero rechazarla en supuestos como el presente”*. Y es que la renuncia que la madre biológica realiza a ejercer la patria potestad, al margen de la valoración jurídica que merezca, y su material ausencia del núcleo familiar, ha hecho que sea el padre biológico el único que esté en disposición de disfrutar el descanso por maternidad y la subsiguiente prestación, al igual que ocurre cuando la madre fallece o cuando sea trabajadora por cuenta propia y no tuviese derecho a prestaciones por no hallarse incluida en el RETA o en una mutualidad de previsión social alternativa que proteja dicha contingencia. La transferencia del derecho a prestaciones por maternidad pone de manifiesto cuál es la finalidad preeminente que se asigna a las mismas y justifica la interpretación extensiva o analógica que defiende la Sala Cuarta en esta materia, máxime considerando que no ha mediado conducta fraudulenta para obtener indebidamente prestaciones, supuestos de fraude que, ciertamente, pueden plantearse teniendo como soporte fáctico de fondo una gestación por sustitución (p. ej., cuando se pretende duplicar prestaciones invocando títulos diversos) pero que habrán de resolverse a

través de los resortes que nuestro ordenamiento habilita para la proscripción del abuso de derecho y del *fraus legis*.

En conclusión, entiende el Tribunal Supremo que *“Existiendo una verdadera integración del menor en el núcleo familiar del padre subrogado, las prestaciones asociadas a la maternidad han de satisfacerse, salvo supuestos de fraude, previo cumplimiento de los requisitos generales de acceso a las mismas”*, esto es, afiliación y alta (o situación asimilada) y carencia exigida.

Pero, como se anunció en la presentación de este comentario, frente al resultado al que lleva esta interpretación integradora del ordenamiento jurídico que busca conciliar bloques normativos aparentemente contradictorios al calor de las premisas constitucionales e internacionales de protección integral de la familia, de los hijos y de consideración al interés superior del menor (con lo que, en mi opinión, se logra el fin último del Derecho que no es otro que la realización de la justicia prescindiendo de interpretaciones dogmáticas y en exceso formalistas que impiden su progreso y lastran su aceptación social), la solución adoptada en el seno de la Sala Cuarta no ha sido pacífica y frente a los argumentos arriba desbrozados se alzan otros muy contundentes de varios/as magistrados/as que, o bien comparten el fallo pero discrepan de la argumentación mayoritaria, o bien sostienen que la prestación por maternidad no debió concederse al padre biológico y registral que contrató los servicios de una madre de alquiler (en realidad, en ningún caso de maternidad subrogada).

De forma sintética, y en un esfuerzo de agrupación de los argumentos principales contrarios a la atribución de efectos prestacionales (de Seguridad Social) al contrato de maternidad subrogada, los mismos serían los siguientes:

1º) La interpretación extensiva o analógica ha sido descartada, con carácter general, en materia de Seguridad Social, no pudiendo otorgarse protección a situaciones de necesidad no expresamente contempladas en la norma.

2º) La aplicación analógica resulta improcedente porque no existe laguna que llenar sino una prohibición expresa, y tampoco existe semejanza entre la maternidad subrogada y los supuestos contemplados en el art. 48.4 ET (adopción, acogimiento) que son instituciones admitidas en nuestro Derecho y dotadas de una oficialidad que comporta toda clase de garantías para los intereses en juego.

3º) El respeto al orden público excluye toda consecuencia jurídica que pretenda derivarse de un acto ilegal por asimilación a otras categorías jurídicas que nuestro Derecho protege.

4º) La aplicación del principio de la consideración primordial del interés del menor debe hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma, sin que los jueces puedan suplir el papel que corresponde al legislador.

5º) La omisión de la maternidad subrogada en la LGSS no es un olvido del legislador sino que obedece al respeto de lo dispuesto en el art. 10 de la Ley 14/2006.

6º) El ordenamiento español prevé mecanismos para lograr la protección del menor (adopción, acogimiento, reconocimiento de la paternidad) sin forzar la aplicación del ordenamiento mediante la atribución de efectos jurídicos a una institución calificada como nula.

7º) El elemento interpretativo de la realidad social no es útil para resolver el problema del reconocimiento de prestaciones de maternidad por la vía de la cuestionada “maternidad por subrogación”, pues siendo cierto que existe una cierta conciencia social favorable a este tipo de prácticas, otro sector la rechaza por considerar que implica la “comercialización del embarazo” y la conceptualización del menor como algo parecido a un objeto, conclusión que es atentatoria al respecto a la dignidad humana, como lo es igualmente permitir el alquiler del cuerpo humano, el de la madre gestante, permitiendo la instrumentalización de los más débiles en favor de los económicamente poderosos.

8º) Existe un evidente ánimo de defraudar la ley al invocar como título inhabilitante para las prestaciones un título prohibido por el legislador, la maternidad subrogada, para así burlar *de facto* la proscripción legal, pudiendo el tercero perjudicado (en este caso, el INSS) impugnar la validez de la inscripción registral por contraria al orden público español cuando se le reclama el abono de una prestación por maternidad en un supuesto que no sólo no está contemplado en la ley sino que la vulnera con claridad.

9º) El argumento de la consideración del padre biológico como progenitor único en disposición de atender al menor decae ante la calificación como nula de la renuncia a la filiación efectuada por la madre.

10º) La apelación a consideraciones de equidad no es admisible cuando existe una prohibición legal y la conciencia social no es una unánime.

Corolario de todo ello es que la prestación de maternidad no se puede reconocer a quien no hay sido padre o madre con arreglo a la ley española, so pretexto de proteger al menor; proteger una situación de necesidad no justifica, sin más, el reconocimiento de una prestación cuando no se reúne los requisitos para ello.

Frente a estos argumentos, consideramos más adecuada la postura mayoritaria de la Sala, que se aparta de una interpretación literal y formalista de las normas para alcanzar una solución acorde con la tutela de bienes jurídicos protegidos al máximo nivel internacional y constitucional. La denegación de la prestación por maternidad a los progenitores solos que desempeñan una actividad profesional y han contratado los servicios de una madre de alquiler sitúa al menor en una situación de desprotección que los discrimina en relación a la respuesta que el ordenamiento jurídico da en supuestos de maternidad o paternidad por adopción.

Además, la apelación a la coherencia interna del ordenamiento jurídico y a la interpretación “armónica” de sus prescripciones para descartar el reconocimiento de efectos prestacionales a una institución prohibida como la maternidad subrogada no es un argumento definitivo porque, como se ha indicado, existen numerosos supuestos de instituciones nulas, algunas de ellas incluso perseguidas penalmente –como la poligamia, art. 217 del Código Penal– a las que sin embargo se atribuyen efectos jurídicos, pero también porque, como ha

defendido la mejor doctrina civil (Díez Picazo), “las conexiones lógico-sistemáticas dentro del ordenamiento jurídico no existen siempre” toda vez que “el ordenamiento no es una creación racional, sino vital, cuyas diferentes partes tienen orígenes y causas diversas y son como estratos geológicos superpuestos que impiden la posibilidad de una ratio unitaria”⁸.

7. VALORACIÓN DE LA STS DE 15 DE OCTUBRE DE 2015

Si bien la Sala, vinculada por el principio de congruencia, ha centrado buena parte de su argumentario en la reflexión sobre la validez y efectos en nuestro ordenamiento de la maternidad subrogada (la verdadera causa de la denegación de la prestación estriba en que las menores han nacido merced a un contrato de maternidad por subrogación, institución prohibida por el ordenamiento español) y la búsqueda de contrapesos a las consecuencias de dicha prohibición en el plano prestacional apelando al superior interés del menor, considero que, bien mirado, el tema de la gestación por sustitución debería ser aquí un aspecto accesorio; y ello porque en la intrincada discusión doctrinal y jurisprudencial sobre la maternidad subrogada lo que realmente subyace es la cuestión relativa a si puede atribuirse la filiación del hijo a la madre comitente que no ha dado a luz, con todas las consecuencias que ello comporta (incluidos los derechos prestacionales), mientras que en el caso ahora considerado la paternidad del solicitante de la prestación por maternidad resulta indiscutida, pues aunque el contrato de gestación por sustitución que suscribió sea nulo e inhábil por sí mismo para atribuir la condición de padre de las menores nacidas por este procedimiento (en el que intervino aportando material genético), lo cierto es que figura inscrito como padre biológico y registral a todos los efectos, lo que presupone el reconocimiento de la paternidad por su parte conforme al art. 113 del Código Civil (aspecto tampoco discutido), reconocimiento permitido por el ordenamiento español a diferencia de lo que ocurre en otros países. Por tanto, a efectos de determinar si tiene derecho o no al descanso/subsidio por maternidad, lo relevante no debería ser tanto el modo en que adquirió la indiscutida condición de padre (por maternidad subrogada o tras mantener relaciones sexuales con la madre biológica), y tampoco sería necesario acudir al argumento de la equiparación analógica con el instituto de la adopción, sino que debe atenderse a su condición de progenitor único en España, una vez que la gestante (aquí madre subrogada pero tanto daría que no lo fuera) renunció a sus derechos y deberes como madre biológica después del alumbramiento, pues siendo cierto que dicha renuncia puede ser catalogada jurídicamente como nula, la realidad incuestionable es que el padre tiene que afrontar en solitario los deberes y responsabilidades dimanantes de la paternidad y que las menores precisan de sus cuidados [no se ha desplegado prueba en sentido contrario], y es a partir de esta constatación que procede debatir sobre si esta situación fáctica, ciertamente no prevista en la normativa de seguridad social, es análoga o equivalente y, por ello, debe recibir la misma solución que el supuesto de fallecimiento de la madre (titular o no del descanso por maternidad) contemplado en el art. 48 del ET y en el RD 295/2009. Y en ese proceso intelectual (trufado de cuestiones propicias a la discusión jurídica pero también de dispares valoraciones éticas) conducente a la obtención de respuesta al problema enunciado, podríamos ir meditando estas otras preguntas: ¿Sería lógico exigir que la madre subrogada falleciera para que el padre pueda acceder a la prestación de maternidad? ¿O que el padre biológico tuviera que adoptar/acoger a su propio hijo para de ese modo conseguir que la filiación acceda al registro

⁸ DÍEZ PICAZO, L., *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, 3ª ed., Barcelona, Ariel, 2011, p. 263.

civil español y tener derecho a la prestación de maternidad por la vía del art. 48. 5 ET? ¿Es la normativa de Seguridad Social tan hermética como para consentir la desatención de situaciones de necesidad tan evidentes, cuando está en juego el bienestar de menores de edad? ¿Resultaría tan interpretación compatible con el mandato constitucional contenido en el art. 39 CE y con los compromisos internacionales adquiridos por el Estado español relativos a la protección de la infancia? ¿Cómo justificar el rechazo de la protección en perjuicio de los padres intencionales y del recién nacido, cuando en otras situaciones igualmente contrarias al orden público español –caso de la bigamia o la poligamia– se viene aceptando la generación de derechos prestacionales compartidos?

En conexión con el reconocimiento del derecho a la prestación por maternidad para el progenitor, cabría plantearse si esta prestación sería compatible con el permiso/subsidio de paternidad. La STS de 25 de octubre de 2016 no se pronuncia al respecto, pero la respuesta va a depender de con qué supuesto se asimile, por vía analógica, la situación del padre comitente único en un contrato de gestación por sustitución con posterior renuncia de la madre a sus derechos sobre el menor: con el fallecimiento de la madre biológica (prestaciones compatibles ex. art. 3.3 RD 295/2009), o con el supuesto de adopción monoparental (en cuyo caso las prestaciones son incompatibles, ex. art. 23.3 RD 259/2009).