Cambios sociales y prestación económica de maternidad (Sobre la Maternidad Subrogada)

Social changes and maternity leave benefit (About Surrogate Maternity)

ARÁNTZAZU VICENTE PALACIO

CATEDRÁTICA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD JAUME I-CASTELLÓN

Resumen

Se analizan los recientes pronunciamientos de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo unificando doctrina en relación al reconocimiento del derecho a las prestaciones económicas de maternidad en los supuestos de maternidad subrogada acaecida a resultados de contratos suscritos en países que sí admiten esta forma de acceso a la maternidad.

Abstract

The recent announcements made in the Social Court of the Supreme Court are analysed by unifying the doctrine about recognising economic maternity benefits in assumed cases of surrogate maternity that occur as the result of contracts signed in countries where such access to maternity is allowed.

Palabras clave

Filiación; maternidad; Maternidad por subrogación; Tribunal Europeo de Derechos Humanos; Tribunal de Justicia de la Unión Europea; Orientación sexual; Identidad sexual; Sexo y Género; Discapacidad; Reproducción asistida

Keywords

Filiation; maternity; Surrogate maternity; the European Court of Human Rights; Court of Justice of the European Union; Sexual orientation; Sexual identity; Sex and Gender; Disability; Assisted Reproduction

1. INTRODUCCIÓN

Las recientes declaraciones del Portavoz de la Conferencia Episcopal Española¹ “*condenando sin matices*” la maternidad subrogada coinciden prácticamente en el tiempo con diversas sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo reconociendo a quienes son madres o padres por esta vía el derecho a la prestación económica por maternidad del sistema español de seguridad social.

Que la Conferencia Episcopal Española se manifieste en contra de la maternidad subrogada no constituye, posiblemente, motivo de extrañeza para nadie, pero sí debería servir para posicionar a favor de la maternidad subrogada a quienes todavía no se han formado una opinión definida sobre la misma o, en su caso, para reforzar su postura favorable: si la jerarquía católica se manifiesta en contra de una forma de acceder a la maternidad/paternidad que, *a priori*, no perjudica a nadie y desde luego, no al fruto de esta gestación, debe ser porque otorga opciones o derechos a quienes dicha jerarquía tradicionalmente se los ha negado, especialmente a los homosexuales y transexuales. Escudados tras el argumento de la “mercantilización” de la maternidad y la “explotación de

¹ http://politica.elpais.com/politica/2017/02/24/actualidad/1487927653_244711.html

la mujer” se quiere así privar de una opción legítima a quienes no pueden ser madres o padres biológicos por otra vía, y aunque no con carácter exclusivo, afecta especialmente a quienes no pueden acceder a la maternidad/paternidad por su orientación o identidad sexuales. Sin querer caer en la demagogia, no recuerdo una manifestación pública semejante contra otras muchas formas de “mercantilización” cotidiana e involuntaria de la mujer ni tampoco ninguna actuación específica en contra de quienes fueron acusados de la venta de niños robados en el marco de instituciones religiosas y por personas vinculadas a la Iglesia –que algunas investigadoras cifran en más de 2000²–. Y tampoco creo que sea preciso recordar la consideración que la mujer ha recibido y recibe todavía por parte de la iglesia católica en muchos aspectos pero, lo que es más paradójico, en su papel de madre: una lectura de la “Carta a las Mujeres” del Papa Juan Pablo II pone claramente en evidencia cuanto estoy señalando³, sin olvidar otras muchas manifestaciones o declaraciones específicas en relación al papel o rol que la iglesia atribuye a las mujeres en la sociedad.

El Tribunal Supremo, ha tenido ocasión de pronunciarse recientemente, unificando doctrina⁴, en relación al reconocimiento de la prestación económica de maternidad en supuestos de maternidad subrogada acaecida en países extranjeros en los que dicha posibilidad es legal y en todos los casos ha reconocido el derecho de los solicitantes de estas prestaciones⁵. Sin embargo, existen diferencias importantes en los supuestos fácticos que abordan las distintas sentencias y las dos dictadas por el Pleno cuentan con extensos votos particulares que disienten de la doctrina mayoritaria. La extensión de las sentencias dictadas por el Pleno y de sus votos particulares dan una idea de la complejidad jurídica, amén de ideológica y por tanto política, de una controversia que ha sido abordada por normas de diferente procedencia [de ámbito supranacional (Directivas comunitarias), internacional (Tratados Internacionales de Derechos Fundamentales) y nacional (Leyes, normas reglamentarias incluyendo decisiones administrativas de diferente rango)] y contenido (civiles, registrales, laborales) y consiguientemente, existen sentencias de los diferentes tribunales competentes para su aplicación e interpretación (para su interpretación, desde el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el ámbito internacional) a los distintos tribunales nacionales de instancia hasta llegar al Tribunal Supremo, tanto en el orden civil como en el social. En todo caso, cada una de estas regulaciones y consiguientemente, los pronunciamientos judiciales que los han interpretado, contemplan esta realidad desde el ámbito desde su propia funcionalidad y, por tanto, resultan insuficientes en su consideración aislada para dar respuesta a una situación jurídica que presenta múltiples facetas y aristas y que genera opiniones muy encontradas en la sociedad.

² <http://www.lavanguardia.com/vida/20160827/404224358897/ninos-robados-una-asignatura-pendiente-con-2000-denuncias-en-el-cajon.html>

³ <http://www.conferenciaepiscopal.es/documentos/magisteriojpii/cartas/mujeres.htm>

⁴ Sobre la doctrina judicial en suplicación, vid. GORELLI HERNÁNDEZ, J., “La prestación por maternidad en los casos de gestación por sustitución o maternidad subrogada (vientres de alquiler)”, Aranzadi Doctrinal nº 1, 2017 (BIB 2017\10517).

⁵ STS (Pleno) de 25-10-2016 (núm. rec. 3818/2015); STS (Pleno) de 16-11-2016 (núm. rec. 3146/2014); STS de 30-11-2016 (núm. rec. 3183/2015); y STS de 30-11-2016 (núm. rec. 3219/2015).

2. UN PRISMA JURÍDICO DE MÚLTIPLES CARAS

2.1. El punto de partida. La regulación de la maternidad subrogada en el ámbito del derecho español: la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida

Sin duda, el punto de partida de toda la controversia jurídica deriva de regulación que de la maternidad por gestación se recoge en el art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Asistida (en adelante, LTRA). El citado artículo, tras declarar la nulidad de pleno derecho del contrato por el que se convenga la gestación, con o sin ánimo de lucro, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero, declara que la filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución, se determina por el parto. En estos casos, pues, es el hecho físico del parto lo que determina la filiación del nacido; la filiación no se determina por la procedencia u origen de las células reproductoras (óvulo y espermatozoide) que forman el cigoto del que deriva el embrión y posteriormente, el ser humano cuya filiación es objeto de regulación. Es independiente que la gestante sea o no aportante del ovulo u óvulos precisos para la gestación –que perfectamente podrían ser de otra mujer–: es la gestación y posterior alumbramiento lo que confiere la filiación en los supuestos de maternidad subrogada, según nuestra regulación legal. También aparece como irrelevante el origen del semen con el que se fecunda a la mujer gestante, que puede perfectamente ser del suscriptor del contrato de maternidad por subrogación, siendo así padre biológico también. Nos hallamos ante una de las “especificaciones” que consagra la LTRA a la forma común de determinación de la filiación consagrada por el Código Civil, a la que se remite expresamente (art. 7 LTRA)⁶ y predicada de la madre, pues la evolución de las técnicas han invalidado el clásico aforismo latino “*mater semper certa est*” y siempre en el contexto de una regulación legal que se ha tenido que adaptar forzosamente a la existencia de matrimonios de personas del mismo sexo pero que no ha cubierto todavía algunas lagunas, contradicciones o discriminaciones en relación a los mismos⁷.

En todo caso, es preciso tener en cuenta que la maternidad por subrogación presenta diversas tipologías: desde el supuesto en que la gestante aporta también su óvulo (maternidad por subrogación plena) o el supuesto en el que no lo aporta (maternidad por subrogación

⁶ Las otras “especificidades” en relación a la filiación conforme a lo dispuesto por el Código Civil son: a) La inseminación de mujer casada con varón, no separada legalmente o de hecho, precisa el consentimiento de su marido, a menos que estuvieran separados legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente. En tal caso, la LTRA excluye la posibilidad de que ninguno de ellos pueda impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación (art. 8.1 LTRA).

b) Sin embargo, la inseminación de mujer casada con otra mujer no precisa del consentimiento de esta última si bien, cuando no estuviera separada legalmente o de hecho, ésta puede manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge (art. 7.3 LTRA).

⁷ A título meramente ejemplificativo, cabe señalar precisamente en el ámbito de la fecundación asistida financiada por el Sistema Nacional de Salud, la regulación claramente excluyente de las parejas de lesbianas en tanto la inseminación artificial y la fecundación in vitro sólo se reconoce con fin terapéutico o preventivo o en situaciones especiales, sin que en ninguno de dichos supuestos quepa encuadrarlas su “incapacidad reproductiva” que exige: 1.º Existencia de un trastorno documentado de la capacidad reproductiva, constatada tras el correspondiente protocolo diagnóstico y no susceptible de tratamiento médico o tras la evidente infecundidad del mismo; 2.º Ausencia de consecución de embarazo tras un mínimo de 12 meses de relaciones sexuales con coito vaginal sin empleo de métodos anticonceptivos.

parcial), pudiendo proceder de la mujer que suscribe el contrato de maternidad o de una tercera; e igualmente, en relación al esperma, cabe que proceda del varón subrogante o de un tercero. En definitiva, que en la combinación de las distintas variables apuntadas en relación al origen de los materiales genéticos puede existir mayor o menor conexión genética con la madre subrogante, con la mujer subrogada, con el varón subrogado, o incluso, en el caso más extremos, no existir aporte genético de ninguno de ellos (ni de la madre gestante, ni de la madre o padre subrogados). En cualquiera de estos casos, si pese a la nulidad del contrato, se produjera en nuestro país esta situación, la filiación materna quedaría determinada por la mujer que diera a luz sin perjuicio, en su caso, de la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

2.2. La regulación de la filiación (matrimonial y no matrimonial) en el Derecho común español y de la inscripción de la filiación en el Registro Civil

Las reglas comunes para la determinación de la filiación, y respecto de las que lo arriba señalado aparece como especificidad, se recogen en el art. 113 Cc. Según este precepto, la filiación se acredita por la inscripción en el Registro Civil, por el documento o sentencia que la determina legalmente, por la presunción de paternidad matrimonial y, a falta de los medios anteriores, por la posesión de estado, remitiendo, para la admisión de pruebas distintas a la inscripción, a lo dispuesto en la Ley de Registro Civil. En relación a la filiación no matrimonial se dispone que se queda determinada legalmente, en el momento de la inscripción del nacimiento, por la declaración realizada por el padre en el formulario oficial a que se refiere la legislación del Registro Civil; por el reconocimiento ante el Encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público; por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil; y por sentencia firme; y en relación a la madre, cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro de plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley del Registro Civil.

Por su parte, la Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957 dispone que las inscripciones se practican en virtud de documento auténtico o en los casos señalados por la Ley, por declaración en la forma que la Ley prescribe (es decir, remisión a los artículos anteriormente citados del Código Civil). Añadiendo que también pueden practicarse, sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos de asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española (art. 23).

Con todo se trata de una previsión a la que le queda poco tiempo de vigencia (hasta el 30 de junio de 2017) una vez finalice el periodo transitorio previsto por la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil que, en relación a la inscripción de las resoluciones judiciales extranjeras (o decisiones emanadas de autoridad que ejerza funciones jurisdiccionales) dispone que se podrá instar por dos vías: o previa superación del trámite del exequátur o ante el Encargado del Registro Civil a quien se le encomienda, con carácter previo, verificar distintas cuestiones y entre ellas, que la inscripción no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español (art. 96.3). También es de significar que entre estos extremos debe verificarse la validez de los documentos, la competencia del órgano judicial y la tutela judicial de las partes.

2.3. La filiación de los hijos de españoles nacidos por gestación subrogada en el extranjero. El papel de la Dirección General de Registros y del Notariado y la doctrina del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) en relación a la inscripción

Partiendo de la prohibición en nuestro país de los contratos de gestación subrogada, con o sin ánimo de lucro así como del régimen jurídico que rige la determinación de la filiación y su inscripción registral, el problema que ha venido presentándose es qué filiación cabe atribuir a los menores nacidos de padres españoles en aquellos países que sí admiten la maternidad por subrogación y concretamente, si se puede entender que esta prohibición constituye una norma de orden público, lo que impediría dar validez a la determinación de la filiación que pudiera realizarse conforme a la legislación extranjera que admite la maternidad por subrogación. Inicialmente, es un problema de carácter civilista –el de la determinación de la filiación– pero que ha alcanzado al ámbito de la Seguridad Social cuando, determinada la filiación a favor de quienes acuden a la maternidad por subrogación, solicitan del Instituto Nacional de la Seguridad Social la prestación económica por maternidad. Antes de abordar esta última cuestión, es preciso hacer una referencia a la problemática de la determinación de la filiación en estos supuestos, pues sin el previo reconocimiento de la filiación a favor del o de los progenitores, no se hubiera producido la segunda situación.

El Código Civil es claro en la determinación de la ley aplicable para la determinación de la filiación. Si con carácter general la ley personal en relación al estado civil y derechos y deberes de la familia viene determinada por su nacionalidad (art. 9.1 C.c), en relación a la filiación por naturaleza precisa que se rige por la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación y a falta de residencia habitual del hijo, o si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación, la ley nacional del hijo en ese momento, salvo que esta ley no permitiera el establecimiento de la filiación o si el hijo careciera de residencia habitual y de nacionalidad, en cuyo caso debe aplicarse la ley sustantiva española (art. 9.4 Cc), que como arriba se apunta, dispone que en relación a la inscripción en el Registro Civil pueden practicarse, sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos de asientos extendidos en Registros extranjero, siempre que se adecúen a la legalidad española (Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957) o que resulte manifiestamente incompatible con el orden público español (Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil).

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 sustitución⁸ estableció los criterios para determinar las condiciones para el acceso al Registro Civil español de los nacidos en el extranjero mediante esta técnica de reproducción asistida con la finalidad de dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor, así como de otros intereses presentes entre los que la Resolución menciona expresamente la protección de las mujeres y la evitación del tráfico internacional de menores. La citada Instrucción DGRN exige para la inscripción del nacimiento de un menor en el extranjero mediante esta técnica una resolución judicial dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido, resolución judicial que, salvo que resulte aplicable un Convenio

⁸ Con anterioridad, la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009 había acordado la inscripción de los hijos que un matrimonio de varones españoles había tenido por subrogación en California, Estados Unidos. La STS (Civil) de 6 de febrero de 2014 (núm. rec. 245/2012) anula la citada inscripción.

internacional, debe ser objeto del procedimiento de exequátor conforme a lo dispuesto en la LEC, salvo que la resolución judicial extranjera tuviera su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, en cuyo caso el encargado del Registro Civil debe controlar, incidentalmente, como requisito previo a su inscripción, si tal resolución judicial puede ser reconocida en España conforme a los criterios que la propia Instrucción establece⁹. En todo caso, queda excluido como título apto para la inscripción del nacimiento y la filiación del nacido la certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificado médico relativo al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante.

Con posterioridad a la citada Instrucción, pero dictada en relación a una Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009 que había acordado la inscripción de los hijos que un matrimonio de varones españoles había tenido por subrogación en California, Estados Unidos, la *STS (Civil) de 6 de febrero de 2014 (núm. rec. 245/2012)* anuló la citada inscripción, descartando que el “interés superior del menor” pudiera justificar la vulneración de una norma española de orden público como es el art. 10.2 LTRA. Es de significar que la citada STS de 6 de febrero de 2014 no hace referencia alguna, pese a que es posterior, a la indicada Instrucción de la DGRN –no así el Voto Particular que la menciona como manifestación de la flexibilización y regularización de estos supuestos–. Y es que, sin ánimo de abundar ahora en el aspecto civilista de la controversia, el alcance de la discrepancia de los magistrados es claro: mientras el voto mayoritario se centra en considerar que se produce una vulneración del orden público internacional y por tanto, niega el acceso de esa filiación al Registro Civil, el voto particular considera que no se trata de valorar si el contrato de maternidad por subrogación suscrito conforme a la legalidad de un país extranjero violenta o no el orden público español sino del reconocimiento de una decisión extranjera válida y legal conforme a su normativa: la que determina la filiación a favor del o de los progenitores españoles. Es de significar que la STS de 6-2-2014 descarta que el “interés superior del menor” permita al juez alcanzar el resultado pretendido por cuanto se trata de un concepto jurídico indeterminado que debe concretarse tomando en consideración los valores sociales contenidos tanto en las reglas legales nacionales como en las Convenciones internacionales. Posteriormente, el Auto del Tribunal Supremo (Sala Civil) de 2 de febrero de 2015 (núm. rec. 245/2012), dictado en un incidente de nulidad de actuaciones promovido en base a la jurisprudencia del TEDH a la que se hace referencia en el epígrafe siguiente, descartó la rectificación del criterio mantenido en dicha sentencia, en atención a que el ordenamiento español permite el reconocimiento de la paternidad biológica en favor de quien fuera el padre biológico del menor –que presume que alguno de los dos varones lo era– así como la

⁹ Dicho control incidental debe alcanzara a:

- a) La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado.
- b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española.
- c) Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante.
- d) Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente.
- e) Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado.

adopción del menor por lo que su superior interés está protegido por estas vías, así como por el reconocimiento de la “situación familiar de facto”, lo que aparta la regulación española de la francesa e italiana sobre las que versaba la doctrina del Tribunal Europeo de Derecho Humanos a la que se hace referencia a continuación.

Con todo, en el ámbito civil la situación jurídica es peculiar pues es plenamente aplicable la Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado que sí permite la inscripción en el Registro Civil español de los hijos nacidos en el extranjero de padres españoles a resultas de los contratos de maternidad subrogada suscritos conforme a las legislaciones extranjeras por cuanto la STS (Civil) de 6 de febrero de 2014 (núm. rec. 245/2012) limita sus efectos al caso particular que resuelve. En este sentido, la Circular de 11 de julio de 2014 de la Dirección General de Registros y del Notariado declara vigente la citada Instrucción de 5 de octubre de 2010¹⁰

2.4. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el “interés del menor”

El segundo plano del complejo prisma jurídico de la maternidad por subrogación está constituido por varias Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: las STEDH de 26 de junio de 2014 que resuelven dos asuntos muy similares (Caso Menesson c. Francia; Caso Labassee c. Francia) y la STEDH de 27-1-2015 (Caso Paradiso y Campanelli contra Italia) y que, como se ha señalado, el Tribunal Supremo (Civil) no ha considerado válidas para rectificar su doctrina.

En el Caso Menesson c. Francia (demanda 65192/11) se trata de una pareja heterosexual de nacionalidad francesa que tras reiterados fallos en los intentos de procrear mediante la fecundación in vitro con sus propios gametos, recurre a la gestación por sustitución en California. Tanto en vía administrativa (el Consulado) como judicial desestiman la inscripción al considerar que estas inscripciones serían nulas al contravenir los principios del orden público. En el Caso Labassee c. Francia también se trata de una pareja francesa heterosexual con problemas de fertilidad que suscribe un contrato de maternidad por subrogación en Minnesota (Estados Unidos) y al igual que en el caso anterior se deniega la inscripción y por idénticos motivos.

El TEDH, aunque considera que no se ha producido ninguna violación del derecho a la protección de la vida familiar porque los padres y las hijas han podido instalarse en Francia en una situación similar, desde el punto de vista jurídico, al resto de familias, sin que exista riesgo de separación de las menores respecto de sus progenitores, concluyó sin embargo que sí se había vulnerado el derecho de las menores en lo que se refería al respeto a su vida privada. Para el TEDH este derecho comprende que cada uno pueda establecer la sustancia de su propia identidad, incluida su filiación, situación que es especialmente grave en tanto el derecho francés no permite siquiera a quien es el padre biológico de las niñas ni su reconocimiento ni su adopción. Por todo ello concluyo en que la regulación francesa violaba el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (respeto a la vida privada y familiar).

¹⁰ <https://www.ical.es/actualidad/noticias/la-dgrn-remite-a-los-criterios-establecidos-por-la-instruccion-de-5-de-octubre-de-2010-para-la-inscripcion-registral-de-los-ninos-nacidos-de-ventre-de-alquiler/1583>

Diferente –y de mayor gravedad– es la situación resuelta por la STEDH de 27-1-2015 (Caso Paradiso y Campanelli contra Italia). En este caso, se trataba también de un matrimonio heterosexual italiano que, también tras varios fracasos de fecundación in vitro, recurrieron a un vientre de alquiler en Rusia, país en el que se desarrolló la gestación y el parto. Con carácter previo la madre gestante consintió a favor del matrimonio la inscripción del hijo que estaba gestando. Aunque inicialmente se reconoció la filiación del hijo a favor del matrimonio italiano conforme a la legislación rusa, posteriormente, los progenitores fueron imputados por alteración del estado civil, falsedad y violación de la ley sobre adopción y se les negó el reconocimiento de la filiación establecida en el extranjero y además, tras seis meses de convivencia, se puso al niño bajo la tutela de una institución y, posteriormente, fue entregado a una familia de acogida. En este caso, y a diferencia del anterior, el TEDH concluyó en la violación por Italia del derecho a la vida familiar (art. 8 Convenio) en el entendimiento de que, tras seis meses de convivencia, constituían una familia de facto, cuyo derecho fue violado con la separación del menor y su entrega a una institución y posteriormente, a una familia de acogida.

2.5. La aplicación por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de la (escasa) normativa comunitaria en el ámbito social

A diferencia de la jurisprudencia del TEDH que no aborda, en ningún momento el tema del acceso a la prestación por maternidad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sí ha tenido ocasión de manifestarse específicamente sobre esta cuestión en diversas sentencias en relación a las distintas Directivas en las que puede ampararse la invocación de este derecho dentro del marco comunitario, vinculado, por tanto, a cuestiones de igualdad y no discriminación (por diversos motivos) y las vinculadas a la seguridad y salud en el trabajo (en este caso, de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia).

En el asunto que conoce la STJUE de 18 de marzo de 2014 (C-167/12) (Asunto C. D y S. T.) se resuelve la cuestión prejudicial presentada por un Juzgado británico en el curso de un proceso iniciado por una trabajadora británica de una Fundación vinculada al Servicio Nacional de Salud, que acudió, conforme a la normativa británica¹¹, a la maternidad por subrogación. La normativa nacional no contempla el permiso por maternidad para estos supuestos de maternidad: sólo los contempla para la maternidad biológica y por adopción pese a que Gran Bretaña sí admite la maternidad por subrogación y, coherentemente, regula la atribución de la filiación del hijo nacido mediante la maternidad por subrogación¹². En este caso, el embrión fue creado con el esperma de la pareja de la solicitante pero el óvulo no era de ella, que no estuvo en ningún momento embarazada aunque sí amamantó al recién nacido (durante tres meses). Solicitado el permiso de maternidad le fue denegado por la empleadora y aunque posteriormente le fue concedido en atención a una previsión normativa singular de carácter discrecional aplicable por la empleadora, se le denegó la prestación económica por

¹¹ Human Fertilisation and Embryology Act 2008

¹² Art. 54 Human Fertilisation and Embryology Act 2008: “Se considerará legalmente hijo de los solicitantes, si:

- el niño ha nacido de una mujer que no es uno de los solicitantes como consecuencia de la implantación en ella de un embrión, o de esperma y óvulos, o de su inseminación artificial;
- se han utilizado los gametos de al menos uno de los solicitantes para crear el embrión, y
- se cumplen otros requisitos, entre los cuales el de que los solicitantes sean marido y esposa o mantengan una relación análoga.

maternidad. La cuestión prejudicial va referida a si esta denegación vulnera la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia o en su caso, la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

En relación a la primera cuestión, el Tribunal descartó que los Estados miembros estén obligados, en virtud del artículo 8 de dicha Directiva, a conferir un permiso de maternidad a una trabajadora, en su calidad de madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución, incluso cuando puede amamantar a ese niño tras su nacimiento o lo amamanta efectivamente. Y en relación a la segunda, concluyó que el hecho de que un empleador deniegue un permiso de maternidad a una madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución no constituye una discriminación basada en el sexo.

De la misma fecha es la otra STJUE que atiende directamente a la cuestión abordada: la STJUE de 18 de marzo de 2014 (C-363-12; Asunto Z. y A Government department; The Board of management of a community school). En este caso, existen tres diferencias respecto del caso anterior: 1) Irlanda, que es el Estado miembro en el que se plantea el debate, no reconoce la maternidad por subrogación y todo el proceso de gestación se desarrolla a resultas de un contrato de maternidad subrogada suscrito por una pareja heterosexual en California; 2) La Sra. Z. sufre una rara afección: posee ovarios sanos y es fértil, pero carece de útero y por tanto, no puede gestar; no se trata de un problema de infertilidad sino de imposibilidad física para la gestación; en este sentido, es de señalar que se utilizaron los gametos de los padres subrogantes; 3) La madre subrogante no ha amamantado en ningún caso al recién nacido por lo que queda excluida la alegación de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia pero entra en juego la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación que prohíbe la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación.

La citada STJUE concluyó, en relación a la primera Directiva, que no constituye una discriminación basada en el sexo la denegación de un permiso retribuido equivalente al 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 por cuanto si el solicitante fuera varón también le hubiera denegado dicho permiso conforme a la legislación nacional. Excluye también que exista discriminación por razón de discapacidad en el entendimiento de que la incapacidad para tener un hijo por medios convencionales no constituye, en principio un impedimento para que la madre subrogante acceda a un empleo, lo ejerza o progrese en él que es el sentido que cabe atribuir al concepto de discapacidad al que se refiere la Directiva 2000/78; por tanto, para el TJUE no cabe comprender en el ámbito de Directiva 2000/78 la situación de una madre subrogante en lo concerniente a la atribución de un permiso por adopción.

2.6. La maternidad protegida por el sistema español de Seguridad Social: el TRLGSS y el RD 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural

En la actualidad (Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, en adelante, TRLGSS) son situaciones protegidas a efectos de la prestación económica de maternidad, la maternidad, la adopción, la guarda con fines de adopción y el acogimiento familiar, 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, durante los períodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en los apartados 4, 5 y 6 del artículo 48 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y en el artículo 49. a) y b) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (art. 177 TRLGSS).

Por tanto, aunque el TRLGSS en apariencia define las situaciones protegidas por el sistema, en realidad carece de esa autosuficiencia normativa pues remite a los periodos de descanso que para tales situaciones se disfruten conforme a la normativa laboral (ET o EBEP). Se trata de una previsión lógica en tanto la prestación económica de maternidad es una renta sustitutiva de las rentas dejadas de percibir a consecuencia de la suspensión del contrato que la normativa laboral prescribe o permite (según se trate del descanso obligatorio o voluntario) de tal forma que no se percibiría la prestación económica si no hay suspensión contractual aunque, en sentido contrario, cabe perfectamente que proceda la suspensión contractual y, sin embargo, no proceda el abono de la prestación económica de maternidad, cuando no se cumplen los requisitos, normalmente de carencia, a los que esta está condicionada. En todo caso baste ahora señalar que el TRLGSS se refiere a la “maternidad”, que puede ser interpretado bien de forma genérica (como cualidad de madre), o bien de forma más específica, como maternidad biológica, es decir, la que tiene lugar tras un proceso de gestación y que culmina con un parto (vaginal o por cesárea). El hecho de que a renglón seguido se refiera a la adopción –que inviste de la cualidad de progenitor (madre y/padre) en tanto instituye la filiación del adoptado– parece apuntar en esta segunda línea. En todo caso, y como ahora se señalará, este precepto, hay que situarlo en su contexto y evolución histórica pues en esta evolución se han contemplado como situaciones protegidas otras figuras de cuidado y atención de menores que no derivan de relaciones de filiación, ya sea biológica o jurídica (adopción), como son la guarda con fines de adopción y el acogimiento familiar, cuando reúnen determinados requisitos.

La situación aparece de diferente manera si atendemos a la regulación en el ámbito de la suspensión del contrato a la que se remite el TRLGSS. En este ámbito, en un primer momento con la finalidad de establecer la duración del periodo de suspensión contractual y, posteriormente para diferenciar algunos aspectos de su régimen jurídico, el Estatuto de los Trabajadores ya diferencia la maternidad en los supuestos de “parto” y la maternidad en supuestos de “adopción, de guarda con fines de adopción y de acogimiento”. No hay, pues, referencia alguna en el Estatuto de los Trabajadores a la “maternidad por subrogación” cuya característica, y sin perjuicio de las diversas situaciones que pueden producirse, es que, en general, la filiación del menor respecto del progenitor/es es originaria, es decir, se produce desde el momento mismo del nacimiento; no hay una filiación “derivada” o de segundo

grado, como ocurre en los supuestos de “adopción”, que supone la modificación de la filiación originariamente atribuida.

Y tampoco la norma reglamentaria de desarrollo de las prestaciones de maternidad (Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural) cambia mucho el panorama normativo: para la definición de las situaciones protegidas se utiliza la misma triada de “maternidad, adopción y el *acogimiento familiar, tanto preadoptivo como permanente o simple*¹³” (art. 2) pero en la regulación de otros aspectos del régimen jurídico de la prestación es frecuente la referencia y contraposición entre el régimen aplicable a los supuestos de parto y el aplicable a la adopción y acogimiento (entre muchos, art. 3 referido a los beneficiarios, pero también es especialmente importante el art. 14, en relación al procedimiento de solicitud de la prestación). Esta diferenciación es clara en tanto tradicionalmente a la suspensión del contrato en los supuestos de maternidad biológica se le atribuye una doble funcionalidad: la recuperación de la salud de la madre y la atención del recién nacido, no concurriendo la primera necesidad en el supuesto de la maternidad por adopción ni en los otros supuestos configurados en el actualidad como situaciones protegidas que exceden del concepto genérico de maternidad en tanto relación de filiación (biológica o por adopción). Como particularidad reglamentaria, el RD 295/2009 de 9 de marzo contiene una previsión específica por la que equipara 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 (art. 2.2). Se trata de una previsión cuya finalidad fue permitir el reconocimiento de la Kafala, institución jurídica de derecho islámico cuyos efectos son similares a la adopción o al acogimiento en tanto instituyen una tutela a favor de un menor, pero con la diferencia que en la Kafala el niño no deja de pertenecer a su familia de origen ni adquiere parentesco alguno con su tutor.

2.7. La doctrina unificada de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo: doctrina mayoritaria y votos particulares

Como se ha señalado, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de unificar doctrina en relación a si la maternidad por subrogación constituye situación protegida a efectos de lucrar prestaciones económicas por maternidad. Ha sido a través de cuatro sentencias –dos de ellas del Pleno– y cada una de ellas presenta sus propias singularidades y votos particulares. Ello no impide, pese a que uno de los votos particulares a una de las sentencias plenarios considera que no existe la contradicción alegada por la diferencia de supuestos, lo interesante de estas sentencias es su capacidad para superar, dentro de la legalidad procesal, esas pequeñas diferencias o matices fácticos, para acudir a la esencia jurídica del problema, que

¹³ El cambio de denominación de estas figuras procede de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia cuya D.A.6ª dispone:

Disposición adicional sexta. Equiparación de regímenes jurídicos en materia de acogimiento.

“A los efectos de las normas y leyes existentes con anterioridad a la presente ley y de las legislaciones correspondientes de las Comunidades Autónomas con Código Civil propio o con leyes civiles que lo regulen, se equipara la situación de acogimiento familiar temporal con acogimiento familiar simple, y la situación de guarda con fines de adopción con el acogimiento preadoptivo”.

no es otro que analizar si cabe considerar la maternidad por subrogación situación protegida a los efectos del acceso a la prestación de maternidad y dentro del estrecho margen que deja para la interpretación la normativa arriba señalada.

Porque, en definitiva, la verdadera solución al problema sólo puede venir de la intervención del legislador que atienda a las múltiples consecuencias jurídicas de una situación real y que confiera garantías jurídicas a todas las personas implicadas incluyendo las garantías precisas para evitar que pueda utilizarse como una nueva forma de explotación. A esta misma necesidad se refieren la sentencias analizadas, así como sus votos particulares.

2.7.1. Una diversidad de supuestos de hecho

STS de 25 de octubre de 2016 (núm. rec. 3818/2015). Ponente: Mag. Sr. D. A. V. Sempere Navarro (Voto Particulares)

El supuesto fáctico en este caso es un varón español que suscribe contrato de maternidad por subrogación con una mujer en Nueva Delhi. Tras la gestación nacen dos niñas, siendo el contratante padre genético de las mismas y los óvulos de la gestante. En documento público ante notario la madre gestante declara que es la madre de las recién nacidas y que renuncia a las funciones inherentes al ejercicio de guardia y custodia, concediendo al otro progenitor el ejercicio legal de estas funciones y aceptando además que la guardia y custodia sea ejercida exclusivamente por el padre de las niñas, autorizándole a establecer su casa y el hogar de los bebés en cualquier país y ciudad de su libre elección.

En este supuesto, nos hallamos ante un padre biológico y una madre inseminada artificialmente que renuncia al ejercicio de las guardia y custodia a favor de aquél. No hay, pues una atribución legal de la filiación ab origen a favor de quien suscribe el contrato de maternidad subrogada sino una renuncia posterior de la madre.

Sentencia de 16 de noviembre de 2016 (núm. rec. 3146/2014). Ponente: Mag. Sra. D.^a María Luisa Segoviano Astaburuaga (Votos Particulares)

En este caso se trata de una trabajadora que solicita prestaciones por maternidad, tras haber tenido un hijo en virtud de un contrato de gestación por sustitución, hijo que consta inscrito en el Registro del Consulado de España en Los Ángeles, figurando la actora como madre y su pareja (varón) como padre. No consta en los hechos probados de la sentencia el origen de los gametos y si alguno de los progenitores (la mujer o el varón) lo es también biológico.

Sentencia de 30 de noviembre de 2016 (núm. rec. 3183/2015). Ponente: Mag. Sr. D. Ángel Blasco Pellicer (Voto Particular).

En este caso se trata de un varón que acudió a la maternidad subrogada en Chicago (Estados Unidos). A resultas del proceso de gestación, el menor, del que es padre biológico, fue inscrito como progenitor único. Una vez en España solicitó y lucró prestaciones de paternidad; siéndole denegada la posterior solicitud de prestaciones de maternidad.

Sentencia de 30 de noviembre de 2016 (núm. rec. 3219/2015). Ponente. Mag. Sr. D. Ángel Blasco Pellicer (Voto Particular).

En este caso se trata de un matrimonio homosexual (varones) que fueron padres biológicos de dos menores nacidos en California a resultas de un contrato de maternidad por subrogación. En las inscripciones del Registro Civil consular de Los Ángeles (Estados Unidos) constan como hijos de ambos, como progenitores A) y B) y en el Libro de Familia español constan como hijos biológicos de ambos. El solicitante de la prestación de maternidad está afiliado al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. Su esposo solicitó la prestación de paternidad, que le fue reconocida. Sin embargo, al trabajador solicitante de la prestación de maternidad le fue denegada. Se solicita prestación de maternidad de 18 semanas en atención al parto múltiple.

Como se puede ver, los supuestos son diferentes, e incluso diferentes también en el caso de otras sentencias resueltas en suplicación. En tres de los casos (el otro no queda claro) alguno de los progenitores registrales es también progenitor biológico, aportando el esperma. En dos de los casos son dos varones solteros, formando una unidad monoparental; en otro caso es una pareja heterosexual y en el último supuesto, un matrimonio homosexual, siendo cada uno de los varones padre biológico de uno de los gemelos, pero solicitando la prestación de maternidad sólo uno de ellos, por una duración de 18 semanas, por parto múltiple.

2.7.2. La doctrina mayoritaria

Las dos sentencias plenarias son las que contienen la argumentación más extensa, remitiéndose las otras dos a su doctrina. Es importante poner de manifiesto que la STS (Pleno) de 25 de octubre de 2016 (núm. rec. 3818/2015) deliberadamente pretende dar una respuesta general al problema de si el nacimiento a resultas de un contrato de maternidad por subrogación obsta (como pretende el INSS) o no el acceso a lucrar prestaciones por maternidad, sin que sea determinante del fallo el hecho de que, en el supuesto concreto que viene a resolver, el varón solicitante de la prestación sea también el padre biológico. Nos hallamos pues, ante una doctrina que resuelve específicamente si la maternidad por subrogación acaecida en el extranjero, donde sí está permitida, y una vez determinada la filiación a favor del progenitor/es demandante de la prestación de maternidad impide, con independencia de que quepa respecto del varón que sea también padre biológico, lucrar prestaciones de maternidad.

La doctrina del Tribunal Supremo en la STS (Pleno) de 25 de octubre de 2016 (núm. rec. 3818/2015) cabe resumirla en los siguientes puntos¹⁴:

a) La respuesta no se halla ni en la doctrina del TEDH –que, como hemos dicho, concede el derecho por aplicación del art. 8 de la Convención pero en unos supuestos que no son equiparables a la situación española, puesto que permite el ejercicio de la acción de reclamación de paternidad y no atenta tampoco contra la situación familiar “de facto”, en tanto se permite el mantenimiento de la familia. Tampoco se encuentra en la jurisprudencia

¹⁴ La doctrina de la STS (Pleno) de 16-11-2017 (núm. rec. 3146/2014) es coincidente en reconocer el derecho a la prestación por maternidad y es parcialmente coincidente en la argumentación bas

del TJUE, que se limita a declarar que tal supuesto no entra dentro del ámbito de las Directivas comunitarias relativas a la protección de la maternidad desde la perspectiva de la prevención de riesgos laborales durante la gestación y el periodo de lactancia, ni respecto de la discriminación por razón de sexo ni de discapacidad.

b) Existen argumentos constitucionales que deben valorarse como criterios interpretativos. Además del interés del menor –que la Sala de lo Civil descarta que tenga el valor suficiente como para imponerse sobre la norma de orden público internacional que contempla el art. 10 LRA–, que debe actuar como canon interpretativo, el art. 39 CE establece principios interpretativos relevantes a estos efectos según el art. 53 CE: la protección social de la familia, la protección integral de los hijos y la necesidad de que los poderes públicos velen por los derechos de los niños.

c) El listado de situaciones potencialmente protegidas está parcialmente abierto. El Tribunal Supremo recuerda su doctrina anterior que descartaba la posibilidad de la aplicación analógica en los supuestos ignorados por las leyes, al considerar que en este caso existe amparo normativo que da cobertura a la consideración de la maternidad por subrogación como situación protegida: la previsión recogida en el art. 2.2 RD 295/2009, de 9 de marzo, que asimila jurídicamente a la adopción otras instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas cuya finalidad y efectos jurídicos sean similares a la adopción. A juicio de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo nos hallamos ante una relativa apertura de los supuestos protegidos que permite una cierta flexibilidad interpretativa que antes no existía. Con todo, la sentencia tiene muy cuidado en resaltar que en este caso en el que el solicitante es, además, padre biológico se trata de un recurso interpretativo adicional; pues en todo caso, “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”.

d) La situación de necesidad concurre y debe interpretarse aplicando los citados principios constitucionales. Para la Sala de lo Social, la nulidad que nuestro Derecho preconiza del negocio jurídico que subyace a la cuestión examinada (la maternidad subrogada) no se opone a la protección que la seguridad social confiere a la maternidad; es decir, no nos encontramos ante bloques normativos enfrentados sino que se trata de normativas que responden a lógicas diversas y, por tanto, también es diferente su aproximación al supuesto de hecho. Recordando la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 233/1999, de 16 de diciembre; STC 150/1990, de 4 de octubre; y STC 222/2006, de 6 de julio) que prescribe la necesidad de resolver las contradicciones y lagunas normativas conforme a los principios generales que informan y sustentan el ordenamiento jurídico, concluye en que la nulidad del negocio jurídico no excluye la situación de necesidad surgida por el nacimiento del menor y su inserción en el núcleo familiar. Por lo demás, recuerda que nuestro ordenamiento reconoce en otros muchos casos efectos a negocios jurídicos válidos. El hecho de que el negocio jurídico sea nulo conforme a nuestro Derecho no excluye que despliegue sus efectos: y en particular, en lo que aquí interesa, la inserción de los menores en el núcleo familiar de quien solicita las prestaciones por tal motivo y todo el contexto del mandato impuesto por la Constitución (art. 39) ja los poderes públicos de arbitrar medidas para la protección de la familia. También la conciliación de la vida laboral y familiar aparece

como criterio interpretativo imprescindible para aquilatar el alcance de los derechos conferidos a partir de la existencia de un menor.

e) A lo anterior, la STS (Pleno) de 25 de octubre de 2016 (núm. rec. 3818/2015) añade argumentos adicionales partiendo de la premisa de que en el caso particular que viene a resolver el solicitante de la prestación por maternidad es también el padre biológico. Estos argumentos son de legalidad ordinaria: la posibilidad de transferencia del derecho al disfrute de la totalidad del permiso (y prestación sustitutiva) de la madre biológica al otro progenitor en diversos supuestos (en caso de fallecimiento de aquella o cuando cuando la madre biológica no tiene derecho a prestaciones) abunda en la interpretación analógica dirigida a la protección de la situación de necesidad que se produce en el caso examinado.

2.7.3. Los votos particulares

Como se ha dicho, ambas sentencias plenarias cuentan con votos particulares que se apartan de la doctrina mayoritaria. En lo que se refiere a la STS de 25 de octubre de 2016 (núm. rec. 3818/2015) hay dos votos particulares: un de carácter procesal, en tanto considera que no concurre la contradicción alegada, y dos de carácter sustantivo.

a) Voto particular de carácter procesal: ausencia de contradicción¹⁵

El voto particular descarta la existencia de la necesaria contradicción exigida por la norma rituarial, aunque señala que comparte el criterio de fondo que conduce al fallo estimatorio. A juicio de la Magistrada firmante, falta de contradicción es fáctica y jurídica. En primer lugar, entre ambos casos existen diferencias de hecho, porque mientras en la sentencia que se alega como contradictoria (STSJ País Vasco de 15-5-2015) se denegó la prestación a la mujer que recurrió a la maternidad subrogada en San Diego (California), y por tanto, es una maternidad por subrogación en sentido propio, en el caso examinado se trata de un padre que solicita prestaciones de maternidad tras haber sido padre biológico –mediando también contrato de maternidad por subrogación– y haber renunciado la madre biológica, que aparece como madre registral al ejercicio de la guardia y custodia. También considera que existen diferencias jurídicas puesto que en el primer caso cabe hablar de subrogación en la maternidad –sustitución de una madre biológica por otra comitente–, mientras que en el segundo se trata de la atribución exclusiva de la patria potestad al padre por renuncia expresa de la madre y aunque en ambos casos hay inscripción en el Registro Civil, sólo en el caso de la sentencia de contraste se da la circunstancia de que quien aparece como madre no es la mujer que ha dado a luz (gestante subrogante), sino la madre subrogada mientras que en el caso examinado el padre reconoció su paternidad junto a la filiación materna determinada por el parto y, a continuación, la madre llevó a cabo un acto expresivo de su voluntad de abandono de las niñas.

¹⁵ Magistrada. Excm. Sra. Lourdes Arastey Sahún.

b) Voto particular sustantivo nº 1: el subyacente rechazo al reconocimiento del estatus de “padres”¹⁶

La discrepancia sustantiva de este muy extenso voto particular versa sobre el título jurídico en virtud del cual debe reconocérsele al solicitante la prestación; frente al criterio mayoritario que deliberadamente ha soslayado –más allá de su invocación como argumento adicional– la condición de padre biológico del solicitante de la prestación de maternidad, el voto particular considera que el reconocimiento de las prestaciones de maternidad del reclamante debe basarse en tal cualidad biológica y en la situación fáctica en la que quedan los menores a resultas de la renuncia de la madre a la patria potestad.

Son muchos los argumentos que invoca este voto particular, siguiendo el mismo esquema expositivo seguido por el criterio mayoritario. De entre todos los argumentos –soslayando ahora los relativos a la relevancia del interés del menor, sus consideraciones sobre el carácter no abierto de las situaciones protegidas y la imposibilidad de aplicación analógica de las normas al no existir laguna jurídica alguna sino una prohibición expresa de la maternidad por subrogación, lo que a mi parecer refleja el citado voto particular, también fundamentado en Derecho como el voto mayoritario, es una interpretación axiológica articulada en torno a la voluntad de no reconocer el derecho de los padres por subrogación a ser reconocidos como tales. Hay pues también una deliberada interpretación de la norma sustentada en los propios valores de quienes formulan el voto particular –muy respetables– pero que incurren en el mismo defecto que parecen imputar al criterio mayoritario: la negativa a reconocer la condición de padres (hombres o mujeres) a quienes no son padres o madres biológicos: “(...) lo que está en juego en las presentes actuaciones no es tanto el «interés del menor», cuanto el «status» de «padres» a los subrogantes en la gestación subrogada tradicional [otra cosa habría de afirmarse sobre la subrogación «gestacional»]. El actor (...) podría obtener el reconocimiento de su derecho y la protección del «interés del menor», invocando el reconocimiento de su paternidad biológica, que la tiene; pero no lo hace, porque lo que pretende con el planteamiento del debate –a lo que se ve– no es prioritariamente defender el interés de las menores que se puede satisfacer por vía alternativa, sino que más bien se reclama –y este es el debate– que a los comitentes de la subrogación se les reconozca, pese a estar prohibida la figura en el derecho español, la cualidad y los derechos de padres biológicos (...)”. Y una afirmación similar subyace a la afirmación de que en el caso de la sentencia de contraste –en la que la madre no es aportante del gameto– la madre tenía la posibilidad de adoptar al menor, concluyendo incluso que es la actuación –que tacha de fraudulenta– de estos la que sitúa a los menores en situación de desamparo.

c) Voto particular sustantivo nº 2: sobre la nulidad del negocio jurídico y sus efectos y el fraude de ley¹⁷

Este voto particular hace suyas parte de las consideraciones recogidas en el Voto particular anterior, pero discrepa en la consideración final de aquél que acaba concluyendo en el posible reconocimiento del derecho a la prestación por maternidad en su condición de

¹⁶ Magistrado Excmo D. Luis Fernando de Castro Fernández, al que se adhiere el Magistrado Excmo Sr. D. José Luis Gilolmo López.

¹⁷ Magistrados Excmo. Sr. D José Manuel López García de la Serrana, al que se adhieren los Magistrados Excmo. Sra. Doña María Milagros Calvo Ibarlucea y Excmo. Sr. D. Jesús Souto Prieto.

padre biológico. Para los magistrados firmantes de este voto particular la sentencia mayoritaria incurre en incongruencia al no abordar y resolver la cuestión relativa a la validez del contrato de gestación por sustitución –que considera que no puede producir efecto alguno –y la de la renuncia de la madre que gestó a las hijas nacidas por reproducción asistida, ni razonar tampoco sobre la existencia de un fraude de ley –concurrente a su parecer– que no puede dar lugar al nacimiento de derechos en contra de lo dispuesto en la ley.

Por su parte, la STS (Pleno) de 16-11-2016 (núm. rec. 3146/2014) mantiene la misma doctrina mayoritaria en el reconocimiento de la prestación de maternidad sobre los mismos argumentos de la protección del menor si bien, a diferencia de la anterior y puesto que quien solicita la prestación de maternidad es la madre subrogada, no contiene ninguna referencia a la condición biológica de la madre. Como se ha señalado supra, no consta en los hechos probados de la sentencia el origen de los gametos y si alguno de los progenitores (la mujer o el varón) lo es también biológico. Y al igual que la anterior, también contiene votos particulares (sustantivos) de los mismos magistrados que la anterior y sobre los mismos argumentos.

3. UN BREVE EPÍLOGO: ALGUNAS REFLEXIONES NO EstrictAMENTE JURÍDICAS

Ha quedado puesto de manifiesto que son muchos los problemas jurídicos que plantea la maternidad subrogada en las distintas ramas del ordenamiento jurídico. Compartiendo la solución jurisprudencial finalmente adoptada por el criterio mayoritario en relación al reconocimiento de la prestación económica por maternidad y desde el convencimiento de que nos hallamos ante una cuestión que merece un análisis más sosegado que el que aquí puede abordarse, se apuntan a continuación algunas reflexiones anticipando que, deliberadamente, exceden del ámbito (cómodo) de lo estrictamente jurídico.

Entre los argumentos que se esgrimen en contra de la aceptación de la maternidad subrogada se encuentra la mercantilización de la gestación, la cosificación de la mujer y la posible explotación de aquellas mujeres que, expuestas a situaciones de necesidad o pobreza, pueden verse compelidas a venderse como gestantes. Son afirmaciones que no encuentran apoyo en la realidad: en ninguno de los supuestos que han dado lugar a las distintas resoluciones judiciales, en suplicación o en casación, se ha puesto de manifiesto la posible explotación de una situación de necesidad de la madre gestante y, en relación a la mercantilización o cosificación de la mujer, sería cuestionable si incurre en ella quien desea acceder a la maternidad biológica y abona el precio que le es solicitado por esa gestación voluntaria o quien reduce el valor de la mujer a su condición esencial o primaria, que es su capacidad de gestar. Si no concurren vicios del consentimiento, si la mujer gestante es informada y asume las consecuencias de su elección, el reconocimiento de la capacidad de decidir es reconocerle la mayoría de edad que en muchos casos el ordenamiento jurídico todavía le niega, bajo falsos argumentos tuitivos. Una regulación jurídica que vaya más allá de la mera prohibición permitirá establecer el marco en el que ese negocio jurídico pueda desenvolverse con las adecuadas garantías legales para los contratantes y por supuesto, para los menores. Detrás de este debate se halla en muchos casos la negativa de determinados sectores sociales a reducir los derechos de aquellos que consideran ciudadanos de segundo nivel: cuando se dice que el padre biológico o la madre pueden optar al reconocimiento de la paternidad biológica en el primer caso o a la adopción en el segundo se quiere negar el

derecho a ser padres o madres a quienes no pueden en las mismas condiciones de igualdad –aunque utilizando las posibilidades que los avances técnicos han hecho posibles– que en quienes no concurren esos impedimentos. Estos argumentos recuerdan mucho a los utilizados en su momento para negar el derecho al matrimonio a las parejas homosexuales, su derecho a la adopción o el derecho al reconocimiento de la identidad de género mediante la rectificación registral de la mención relativa al sexo¹⁸. Por supuesto, también se desprecia o minusvalora a quienes por razones de incapacidad no pueden tener hijos, pero posiblemente el debate sería otro si fuera sólo este el colectivo demandante de la regulación jurídica de la maternidad subrogada.

En el fondo, nos encontramos de nuevo ante una nueva manifestación de la diferenciación entre sexo y género: el sexo como factor biológico y el género como patrón cultural. En el caso de la hembra, como categoría sexual, se atribuye la condición de madre biológica a quien gesta y da a luz, no a quien aporta la célula con su material genético; por el contrario, en el caso del macho, también como categoría sexual, se considera padre biológico a quien aporta el espermatozoides y por tanto, sí aporta su material genético. Aun siendo consciente de que son muchas las posibilidades que en la realidad pueden darse en relación a la maternidad subrogada respecto del origen de los gametos, la cuestión es que en el caso de la mujer la maternidad biológica se adquiere por el parto (reduciéndola a aquello que la identifica como hembra frente al macho, que es su capacidad para la gestación y el parto (“parirás con dolor”) mientras que en el macho la paternidad se adquiere por lo que lo califica como tal, que es el aporte de sus gametos. Pero la realidad a resultas de los cambios sociales y culturales es mucho más amplia: hoy sexo y género son categorías diferentes, se reconoce el derecho a la orientación e identidad sexuales y la técnica permite ser madres a quienes no gestan pero aportan sus células reproductoras (o no) y padres a quienes aportan sus gametos (o no) y conciben o no con los óvulos de la madre de alquiler, quien renuncia desde el momento mismo de la gestación a toda vinculación con el menor que está gestando atribuyendo así la categoría de madre/padre a quien suscribió el contrato. Se reconoce así el derecho a ser padres a quienes de otra manera no podrían serlo y están dispuestos realmente a ejercer con responsabilidad y amor las obligaciones que de esa maternidad o paternidad se derivan.

De hecho, y ya en el plano jurídico laboral, la regulación de la maternidad en el ámbito de la Seguridad Social continúa todavía anclada en esta misma concepción de la maternidad biológica. La forzada adaptación de la regulación legal a los matrimonios del mismo sexo (“cualquiera que sea su sexo” señala el art. 178 TRLGSS en relación a los beneficiarios de la prestación de maternidad) no ha excluido la continua contraposición normativa entre maternidad biológica y maternidad jurídica o equivalente (por adopción, la guarda con fines de adopción y el acogimiento familiar), sin que se defina cuando nos hallamos ante una maternidad biológica porque al predicarla exclusivamente de la madre, se parte de la premisa de que tal condición deriva del dato de la gestación y posterior parto. Posiblemente es debido a que el descanso por maternidad y la prestación económica sustitutiva del salario durante dicho periodo, en los casos de parto, tiene la doble finalidad de

¹⁸ Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. A esta misma ley se debe la adición de un apartado 3 al art. 7 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida por la que cabe atribuir ab origen a la esposa de la mujer casada, no separada legalmente ni divorciada, la filiación del hijo nacido de su cónyuge, evitando así tener que acudir a la adopción del mismo.

contribuir a la recuperación de la salud y capacidad laboral de la parturienta y el cuidado y atención del recién nacido y las sucesivas modificaciones normativas, ampliando el derecho a nuevos supuestos y en un sentido cada vez más uniformizador con la regulación originaria circunscrita a la maternidad biológica, han partido siempre de este mismo esquema pero esta situación ya no es necesariamente así. Es preciso configurar ex novo todo el régimen jurídico de la prestación por maternidad: el hecho de que haya habido que adoptar criterios administrativos para la aplicación de la doctrina unificada examinada en los supuestos de maternidad subrogada (Consulta 29/2016¹⁹) en lo que se atiende en unos casos a los criterios normativos previstos para la maternidad biológica y en otros casos a los criterios para la maternidad “jurídica” es ejemplo claro de lo propugnado. Y en esa nueva regulación, salvado el derecho al periodo de descanso obligatorio (y consiguiente prestación económica) en los supuestos de parto a favor de la parturienta cuando pueda ser beneficiaria de ellos, la regulación debe olvidar el concepto de “maternidad biológica”, por cuanto este no es un concepto que confiera certeza y ha quedado superado por los cambios sociales –pero también jurídicos–, desde el momento mismo que se reconoció idéntica duración al permiso y prestación de maternidad biológica que a la jurídica.

En otra línea, pero esa es otra cuestión que queda para otra ocasión, el legislador vuelve a utilizar el concepto de maternidad biológica a los efectos de reconocer el complemento por maternidad para las pensiones contributivas de jubilación, incapacidad permanente y viudedad cuando lo predica, por su aportación demográfica a la Seguridad Social, de las mujeres que hayan tenido hijos biológicos o adoptados (art. 60 TRLGSS). Nuevamente reduce la maternidad biológica al parto cuando no necesariamente ni siempre será así de la misma manera que cabe ser madre –entendido como beneficiario de la prestación de maternidad– siendo varón. Las categorías o definiciones de género se han diluido en una nueva manifestación de la “sociedad líquida” a la que se refiriera Bauman y el Derecho tiene la obligación de integrar esos cambios sociales, reconociendo la diversidad social, protegiendo los derechos de todos los ciudadanos y confiriendo la precisa seguridad jurídica.

¹⁹ Sobre la misma, vid. extensamente, PRESA GARCÍA-LÓPEZ, R., “Gestación por sustitución y prestaciones por maternidad (Análisis de los nuevos criterios administrativos con ocasión de las SSTs de 25 de octubre y de 16 de noviembre de 2016)”, Aranzadi Digital núm. 1/2017 (BIB 2017/57).