

La protección social por maternidad en supuestos de gestación subrogada: ¿la antesala de un cambio jurisprudencial?. A propósito de la STSJ País Vasco (social) de 13 de mayo de 2014

SOFÍA OLARTE ENCABO

CATEDRÁTICA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE GRANADA

Resumen

Los convenios de gestación por sustitución son nulos por ilegales en España, ya que esta técnica de reproducción humana está expresamente prohibida por el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo. Ello no significa necesariamente que la filiación por esta vía reconocida conforme a una ley extranjera quede privada de efectos en España. De hecho la Dirección General de Registros y del Notariado ha reconocido la inscripción registral y la filiación de esta naturaleza, aunque la más reciente jurisprudencia civil (STS de 6/2/2014) ha denegado la validez de dicha filiación por razones de orden público internacional. Junto a la DGRN, la jurisdicción social ha protagonizado la línea favorable al reconocimiento de efectos jurídicos en España a dicha filiación, reconociendo el derecho a prestaciones y subsidios por maternidad, en razón del superior interés del nacido, que es el principal bien jurídicamente tutelado con estas prestaciones del sistema de Seguridad Social. Sin embargo, a partir de dos sentencias del TJUE y el cambio acaecido en el orden civil, parece haberse abierto una línea interpretativa regresiva –STSJ País Vasco de 13 de mayo de 2014– cuya fundamentación se valora aquí críticamente y cuyo alcance en un futuro está aún por determinar.

Abstract

Gestation agreements are void by replacing illegal in Spain, since this technique human reproduction is expressly prohibited by Article 10 of Law 14/2006 of 26 May. This does not necessarily mean that filiation is recognized via a foreign law under private stay in Spain effects. In fact the Directorate General of Registries and Notaries has recognized the registration and affiliation of this nature, although the most recent civil case (STS 02/06/2014) denied the validity of this affiliation because of international public order. Beside the DGRN, social jurisdiction has starred Pro line recognition of legal effect in Spain on this affiliation, recognizing the right to benefits and maternity benefits, because of higher interest born that is the primary asset legally protected with these benefits from Social Security system. However, from two judgments of the ECJ and the change occurred in the civil order, seems an interpretive line down –STSJ Basque Country of 13 May 2014–, have opened here whose foundation is assessed critically.

Palabras clave

Prestaciones y permisos de maternidad; Maternidad subrogada o por sustitución; Orden público nacional; Interés del menor.

Keywords

Benefits and maternity; Surrogacy or replacement; National public policy; Interest of the child

1. APROXIMACIÓN GENERAL A LA PROBLEMÁTICA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN

La maternidad subrogada o por sustitución (también conocida con denominaciones menos asépticas, como “vientre de alquiler” o “alquiler de útero”) es una realidad social que responde al avance en las técnicas de reproducción humana asistida, ante la que cada sociedad, cada Estado, da una respuesta diferente en función de variables no sólo jurídicas

(principios y valores que encarnan los derechos y libertades constitucionales) sino también éticos y morales.

En España, como en la mayor parte de los Estados de la UE, la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, prohíbe en su artículo 10 de forma expresa los contratos de gestación por sustitución. Se considera tales a aquéllos por los que una mujer lleva a cabo una gestación mediante técnicas de reproducción asistida (pudiendo o no aportar gametos), asumiendo la obligación de entregar al nacido a otra u otras personas (que a su vez puede o pueden haber aportado o no sus gametos), a cambio de precio, generalmente. Estos contratos son considerados nulos por ilegales en nuestro ordenamiento, pese a que las legislaciones de otros Estados admiten su validez, reconociendo el derecho a inscripción registral que acredita la filiación del o de los comitentes.

Las razones por las que una persona o una pareja –homosexual o heterosexual, casada o no– acuden a esta técnica de reproducción son muy heterogéneas, no siendo acertado simplificar la cuestión en una mera conexión con el turismo reproductivo, ya que confluyen aquí otras variables o motivaciones, como la orientación sexual, la esterilidad o disfunciones que impiden la gestación, las dificultades para la adopción en muchos países y su lentitud..., sin que se pueda hacer “tabla rasa” de todas ellas.

Igualmente compleja es la cuestión de los derechos constitucionales que pueden quedar afectados, tanto con su reconocimiento como con su prohibición. Así, a favor de su reconocimiento se invocan derechos como la no discriminación por razón de sexo u orientación sexual la edad, la discapacidad o el derecho a la paternidad y a la constitución de una familia, la libertad personal.... Sin embargo, en contra de su legalización, se considera la vulneración de la dignidad humana, defendiendo tanto la no comercialización de seres humanos, como la dignidad de la mujer gestante y la no discriminación de la mujer (reducida a mera incubadora humana), advirtiendo contra el riesgo colateral de la trata y tráfico de seres humanos.

Ciertamente no es una cuestión fácil, pues hay argumentos de peso en uno y otro sentido y, aunque no procede aquí entrar en profundidad en estas cuestiones, ya que el objeto de este estudio es más limitado, es imprescindible la alusión hecha si se pretende llegar hasta el fondo de la cuestión que nos ocupa, que no es otra que el reconocimiento o no de prestaciones y subsidios por maternidad en casos de filiación por sustitución ya reconocida en otros Estados conforme a su legislación.

La doctrina científica civil tradicional, al menos el sector mayoritario¹, ha sido contraria a la legalización de este tipo de maternidad y ha hecho hincapié en que la

¹ Vid. los contrastes entre doctrina civil e internacional: BAUTISTA, J: “Maternidad subrogada”, *AJA*, núm. 815, 2011; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Hijos made in California”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3/2009 (*Tribuna*), 2009; CALVO CARAVARA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J: “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2009, vol. 1, nº 2. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: *Filiación, adopción, alimentos y sucesiones*”, Ed, Thomson, vol I, 2012. HUALDE MANSO, T.: “De nuevo sobre la filiación de los nacidos mediante gestación contratada”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 10, 2012. LÓPEZ GUZMÁN, J. y APARISI MIRALLES, A.: “Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada”, *Cuadernos de Bioética*, vol 23, nº 78, 2012. RUBIO TORRANO, E.: “Inscripción como hijos

generalidad de los países de la UE no admiten la maternidad subrogada, limitando la filiación a los supuestos de parto y que sería contrario a nuestro ordenamiento interno una ley que admitiera estas técnicas de reproducción asistida, ya que ello vulnera el art. 10.1 y 15 de nuestra Constitución por ser contrario a la dignidad del niño, que no puede ser objeto de comercio. Del mismo modo, se recuerda que el art. 1.271 del Código Civil establece que podrán ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres y el artículo 1.275 prevé la nulidad e los contratos con causa ilícita, por lo que se considera que la vida humana no puede ser objeto de contrato alguno. También se ha considerado la gestación por sustitución contraria al art. 14 CE, una forma de discriminación de la mujer, una forma de explotación de la mujer, de turismo reproductivo al tercer mundo, de cosificación de la mujer –reducida al rol de incubadora humana– que atenta, además contra la libertad, dignidad, salud e integridad física y psíquica. En definitiva, estos contratos, aun no existiendo una prohibición legal expresa serían contrarios a nuestro ordenamiento por vulnerar la dignidad del hijo nacido fruto del comercio y por atentar contra el principio de indisponibilidad del cuerpo humano y la indisponibilidad del estado civil.

En el ámbito de la doctrina internacionalista, en cambio, las posiciones mayoritarias sí son más proclives a la legalización de la maternidad por subrogación y ello también desde la perspectiva de los derechos fundamentales porque se considera que ésta sería una manifestación del derecho a procrear implícito en los derechos fundamentales a la libertad y la dignidad humanas, del derecho a formar una familia y del derecho al libre desarrollo de la personalidad y libre uso del cuerpo. Por ello, critican las posiciones contrarias de moralistas, defendiendo que la modalidad convencional no debe limitar la libertad de las personas a participar en actividades consensuadas cuando éstas no menoscaban derechos de otros, no habiendo cosificación de la mujer gestante en cuanto ello es fruto de una decisión libre, que generalmente se asume a título oneroso. Al relacionar esta modalidad de maternidad con problemas médicos para concebir o gestar en mujeres, con la situación de las parejas homosexuales masculinas y las dificultades de la adopción, la prohibición discrimina a unas personas que, además, por esta vía pueden aportar su material genético, no vulnerando el interés del niño nacido, sino todo lo contrario, la tutela de éste es la que exige la regularización de la gestación, por lo que sería preciso un marco jurídico-legal que lo tutele y proporcione seguridad jurídica. De hecho, la Conferencia de la Haya está preparando un convenio internacional para regular acuerdos internacionales de gestación por sustitución, ya que se considera urgente una regulación internacional, cuando cada vez hay más países que la admiten, en un contexto globalizado.

2. LA “DOCTRINA” REGISTRAL CIVIL ANTE LAS FILIACIONES POR SUSTITUCIÓN Y SU INFLUENCIA EN EL ORDEN SOCIAL

A pesar del peso de la doctrina científica civil más tradicional, fue en este ámbito –civil– donde se dio el paso más importante para reconocer efectos jurídicos a este tipo de maternidad efectuada fuera de nuestras fronteras. La Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009 permitió la inscripción registral en España de la filiación obtenida mediante estas técnicas de reproducción asistida llevadas a cabo en países cuyas legislaciones las

de los varones nacidos mediante gestación por sustitución”, *Aranzadi Civil, Revista Doctrinal*, núm. 9, 2011 y RUIZ SUTIL, C.; “Las filiaciones de complacencia en los Derechos de extranjería y nacionalidad”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 24/2010.

permiten, justificándolo en la salvaguarda del interés del menor y el superior derecho del niño, frente a cualquier otra consideración de orden público, situaciones, que según la DGRN, por regla general, se producen por problemas de fertilidad, imposibilidad de gestar o no superación de la idoneidad para la adopción. La DGRN sustentó este criterio en lo dispuesto en el artículo 81 del Reglamento del Registro Civil, en el sentido de que el control de legalidad de las certificaciones registrales extranjeras para acceder al Registro Civil Español no exige que éstas sean idénticas a las que se seguirían en España, bastando que sean documentos públicos adoptados por Autoridad competente que desempeñen “funciones equivalentes” a las de las autoridades registrales españolas y que no produzcan efectos contrarios al orden público internacional ni español. Se recuerda que –conforme al art. 7.3 Ley 14/2006– nuestro ordenamiento admite la filiación entre dos hombres o dos mujeres, lo que se inscribe como tal en el Registro Civil, además que es necesario tutelar el superior interés del niño, conforme exige el artículo 3 de la Convención de Derechos del Niño (Nueva York 1989), garantizando que los nacidos queden al cuidado de los sujetos que han dado su consentimiento para ser padres y el derecho a una identidad única, lo que significa una filiación única en varios países. Porque, como razona esta Resolución, no se trata de determinar la filiación del nacido en California, sino de precisar si una filiación ya determinada en virtud de certificación registral extranjera, puede acceder al Registro Civil Español, pudiendo acceder a la nacionalidad española por ser hijos de españoles (vinculación nacionalidad-filiación).

En definitiva, parece claro que la cuestión es determinar qué validez –validez extraterritorial– se da las decisiones extranjeras en España y no un conflicto de normas. Es decir, solo hay que determinar si reconocemos o no las “decisiones extranjeras”, no cuál es la norma aplicable, partiendo, por tanto, de que el cambio de lugar de residencia no puede afectar al estado civil válidamente adquirido en otro Estado. Además de las resoluciones judiciales extranjeras, que tienen reconocido en nuestro país el efecto de cosa juzgada, las resoluciones no judiciales de otras Autoridades Públicas también son un título apto para la inscripción en el Registro Civil, ya que el art. 81 del RRC lo prevé para documento público auténtico extranjero.

Posteriormente, la Instrucción de 5 octubre de 2010 de la DGRN (BOE de 7 de octubre) sobre registro de filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, siguiendo el criterio anterior, precisó los requisitos exigidos para este tipo de inscripciones, lo que ha dotado a las mismas de una mayor seguridad jurídica, a la vez que se ha atajado con el problema de las inscripciones que han podido vulnerar derechos fundamentales. Concretamente se exige, en primer lugar, la renuncia a la filiación materna por la madre gestante y, en segundo lugar, la resolución judicial dictada por tribunal competente en el país de origen. En caso de procedimiento contencioso, reconocimiento de la resolución judicial de filiación extranjera (exequátur), ex art. 954 y ss LEC o resolución judicial derivada de procedimiento de jurisdicción voluntaria, donde el encargado del registro verificará circunstancias tales como regularidad, autenticidad firme, garantía de derechos procesales de las partes, no vulneración del interés superior del nacido y de la madre gestante, que la resolución judicial sea firme.... En definitiva, la Dirección General de Registros y del Notariado, a partir de su Instrucción de 5 de octubre de 2010, ha admitido la inscripción registral de estas filiaciones efectuadas en otros países conforme a su correspondiente legislación, reconociendo, por tanto, efectos, al documento público que la reconoce y ello con independencia de que esta filiación no se reconozca en nuestro ordenamiento, siempre

que se cumplan dichos requisitos. Por tanto, a partir de esta instrucción, respetando dichas garantías, se ha procedido a practicar la inscripción registral de hijos nacidos mediante gestación por sustitución llevada a cabo en países cuya normativa lo permite, siempre que alguno de los progenitores sea español. De esta manera se ha pretendido evitar para el nacido situaciones de desprotección como la de apátrida o sujeto de filiación incierta (situaciones que se pueden generar cuando el Estado del comitente no reconoce la filiación reconocida por el Estado donde tuvo lugar el acuerdo de gestación, invocando razones de orden público). LA DGRN simplemente ha procedido a permitir la inscripción del certificado de nacimiento extranjero o resolución administrativa o judicial de donde surge la filiación, razonando estas posición en que si el Estado no reconoce a sus padres como padres legales, se niega el derecho a filiación, a adquirir la nacionalidad española e identidad, lo que deja al nacido en una situación inadmisibles desde cualquier punto de vista, por lo cual, al admitir dichas inscripciones se evita el estatus de apátrida del nacido mediante estas técnicas biológicas.

En el ámbito civil, más allá de los aspectos registrales y la progresiva determinación de los requisitos necesarios, se ha llegado también a una precisa definición de este tipo de contratos, tal y como hace la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011 la define como “contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido al o los comitentes, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre sí, o no, que a su vez, puede aportar o no sus gametos”.

Pues bien, esta solución, aparentemente equilibrada, se ha invertido recientemente a partir de la STS (1ª) de 6 de febrero de 2014, rec. 245/2012 en la que este tribunal –por cinco votos, frente a cuatro del voto particular, es decir, con una fuerte tensión interna– deja sin efecto la Instrucción de 8 de febrero de 2009 de la DGRN y, aunque no afecta a la Resolución de 5 de octubre de 2010, por su alcance, es claro que marca un cambio de criterio de cara al futuro. Es una resolución que merece ser analizada por la influencia indirecta que ello puede desplegar sobre el orden social, sobre todo por su tenor tajante, que llega incluso a sugerir otra vía de regularización de estas situaciones más conforme con nuestro ordenamiento jurídico (reconocimiento de la maternidad a la madre biológica y posterior adopción sucesiva por el otro progenitor), invocando el orden público nacional.

La STS de 6 de febrero de 2014, en recurso de casación, impugnando la Resolución de la DGRN de 2009, el TS –ante el argumento de dicha Dirección, pro tutela del menor– afirma que la sentencia no supone denegar la inscripción de estos niños en el Registro, pero sí el que conste su filiación por esta vía. Aplicando la Ley de Reproducción Asistida, declara nulo el contrato de gestación por sustitución y determina la filiación materna por el parto con posibilidad de reclamación de la paternidad por el padre biológico. Esto lo fundamenta en que la previsión legal en cuestión constituye orden público internacional español, es decir, forma parte del conjunto de derechos y libertades individuales garantizados por la Constitución y Convenios internacionales de derechos humanos ratificados por España y de los valores y principios que éstos encarnan. Éste –el orden público– actúa como límite al reconocimiento de decisiones de autoridades extranjeras.

Especialmente crítico se muestra el TS con el argumento del superior interés del menor –que es el que subyace en la Resolución de la DGRN– como medio para conseguir resultados contrarios a la ley, a la que el juez está sometido. Tal concepto “interés superior del menor” –señala el TS– ha de ser interpretado conforme a los valores de la sociedad, no correspondiendo a los tribunales ejercer funciones que corresponden al legislador. A tal efecto han de ponderarse los bienes en juego, concretamente la dignidad de la gestante y el interés del menor en no ser objeto de tráfico mercantil. Para el TS el interés superior del niño es un concepto jurídico indeterminado, esto es, una cláusula general susceptible de concreción que el propio legislador introduce conscientemente para ampliar los márgenes de ponderación judicial. Pero, continua el TS, sucede que, en ocasiones, estos conceptos son lo que se denomina “conceptos esencialmente controvertidos”, esto es, cláusulas que expresan un criterio normativo sobre el que no existe unanimidad social porque personas representativas de distintos sectores o sensibilidades sociales pueden estar en desacuerdo acerca del contenido específico del mismo. Y ese carácter controvertido puede predicarse del “interés superior del menor” cuando el mismo ha de determinarse en supuestos como el aquí enjuiciado. La cláusula general de consideración primordial del “interés superior del menor” contenida en la legislación, no permite al juez alcanzar cualquier resultado en aplicación de la misma. Y la concreción de dicho interés no debe hacerse conforme a sus personales puntos de vista, sino considerando los valores asumidos por la sociedad como propios y contenidos en las reglas legales y en los principios que inspiran la legislación nacional y los convenios internacionales. Dicho principio ha de emplearse en la interpretación y aplicación de la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma. Y, concluye el TS, el juez no puede desvincularse del sistema de fuentes, conforme establece el artículo 117. 1 CE y hay cambios en el ordenamiento jurídico, que de ser procedentes, debe realizar el Parlamento como depositario de la soberanía nacional, con un adecuado debate social y legislativo, sin que el juez pueda ni deba suplirlo.

Rechaza el TS el argumento de una eventual discriminación al denegar la inscripción de dichas filiaciones, ya que ello no se sustenta en que lo solicitantes sean dos hombres sino en que la filiación pretendida trae causa en una gestación por sustitución contratada en California. Sugiriendo que, para la integración del nacido en su familia, han de iniciarse actuaciones dirigidas a conseguir la adopción o el acogimiento.

El voto particular de Seijas Quintana –al que se adhieren tres Magistrados más– sostiene que no cabe entrar en la cuestión de la legalidad de la resolución extranjera –pues la filiación ya viene determinada por la autoridad extranjera– sino solo del reconocimiento en España de una resolución extranjera válida y legal conforme a la legislación californiana, no procediendo la aplicación de lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley de Reproducción Humana Asistida, sino desde el orden público internacional en relación con el interés superior del menor. Y en este sentido, se alega la existencia de tendencias mayoritarias en el plano internacional y comparado que se inclinan por la regularización de estas situaciones, además de la propia posición de la DGRN que ha establecido estrictos requisitos, la posición favorable de la jurisdicción social, la admisión de estas inscripciones por el TJUE y la Conferencia de Derecho Internacional Privado de la Haya, concluyendo que la oposición del orden público sólo perjudica al menor privándoles de su identidad y núcleo familiar.

3. LA POSICIÓN FAVORABLE DE LA DOCTRINA JUDICIAL SOCIAL

Junto a la DGRN y la doctrina internacionalista, la doctrina científica² y judicial del orden social ha venido incidiendo también y de forma importante en la regularización de estas filiaciones a través del reconocimiento de derechos laborales y de Seguridad Social con el objetivo de tutelar el interés del menor y su integración en su núcleo familiar.

El punto de partida, a nivel de derecho positivo vigente, no facilita dicha tutela en la medida en que ni el art. 48 del ET ni el art. 133 bis de la LGSS contemplan permisos ni prestaciones en este tipo de maternidad –tampoco el RD 295/2009 de prestaciones por maternidad–. La maternidad subrogada o por sustitución no es un supuesto de parto, ni de adopción ni acogimiento, razón por la que las empresas han denegado permisos y excedencias en estos supuestos y, paralelamente, el INSS ha denegado prestaciones tanto al padre como a la madre por subrogación (en el caso de la maternidad subrogada no existe una madre que transfiera su derecho). Tampoco cabe solicitar la prestación por maternidad por adopción o acogimiento, porque en estos casos figura la inscripción registral como progenitores, no como adoptantes (SJS nº 2 Oviedo, de 9 de abril de 2012, AS/2012/924).

La denegación de prestaciones por maternidad por parte del INSS se sustenta en que no estamos ante una maternidad por parto, aunque haya filiación y aunque la finalidad de estas prestaciones sea la protección del menor, por lo que habría un vacío legal.

La doctrina judicial del orden social se ha inclinado, pese a esos argumentos, por reconocer permisos y prestaciones por maternidad en estos casos por considerar que son progenitores, lo que implica que se le reconozcan los mismos derechos y con más razón que en los supuestos de adopción o acogimiento, aunque ello derive de otro título jurídico al que el ordenamiento jurídico español –tras la inscripción registral de la maternidad– le ha reconocido efectos jurídicos. En otras ocasiones se ha acudido a una interpretación extensiva de los supuestos de adopción o acogimiento, considerando que ello está en el espíritu de la norma –que dijo menos de lo realmente quería decir–, así las Sentencias del TSJ Madrid de 18 de octubre de 2012 (AS 2012/2503) y TSJ Asturias de 20 de septiembre de 2012 (AR 2012/2485). También se ha reconocido la prestación por maternidad en algún caso en base a un argumento antidiscriminatorio, en cuanto la denegación supondría la vulneración del principio de igualdad (SJS Oviedo, nº 2, de 9 de abril, 2012, AS 2012, 924) y STSJ Madrid núm. 216/2013, de 13 de marzo (JUR 2013/291456). En esta última se resuelve un supuesto de matrimonio homosexual al que se le pide reintegro de prestaciones por maternidad por no haber aportado certificación de inscripción en el Registro Civil español en el plazo de 20 días, que no se produjo en tiempo por estar los progenitores a la espera de que se dictara la correspondiente resolución de inscripción en el Registro Civil español. En esta Sentencia el TSJ considera que no hay maternidad biológica, pero cabe hacer una aplicación analógica de la adopción a los casos de filiación por gestación por sustitución, por existir identidad de razón, no excluyendo ni la legislación laboral ni la de Seguridad Social, de forma expresa

² HIERRO HIERRO, J.: “Gestación por sustitución y prestación de maternidad”, *Aranzadi Social*, nº 6, 2012, DÍAZ ROMERO, M.R.: “La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico”, *Diario La Ley*, nº 7527, 2010, SELMA PEÑALVA, A.: “Vientres de alquiler y prestación por maternidad”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 9, 2013 y VALERA AUTRAN, B.: “La protección social de la maternidad no biológica”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 6/2013.

dicho supuesto. En la medida en que hay una laguna legal e identidad de razón (igualdad de protección del menor y progenitores, con independencia del título jurídico) procede la protección; además, razona el TSJ, la solución contraria (denegar la protección que le habría sido concedida de haber adoptado) es contraria al espíritu y contenido general de la Ley Orgánica 3/2007, conforme a la que hay que interpretar el artículo 133 y siguientes, dando la misma protección a todo tipo de familias.

En este mismo sentido también se ha pronunciado antes el TSJ de Cataluña (Sentencia de 23 de noviembre de 2012, núm. 7985 (AS 2013/845), al igual que la SJS nº 25 de Barcelona núm. 218/2011 de 14 de mayo de 2011 (JUR/2013/34202).

Junto al principio de igualdad, más difusamente invocado, e independientemente de él, en el orden social la línea de fundamentación más generalizada –en esta interpretación favorable al reconocimiento de prestaciones de maternidad– apunta a una lectura extensiva de otras instituciones jurídicas que se consideran equiparables, la adopción o el acogimiento, para las resoluciones judiciales o administrativas extranjeras cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y el acogimiento y cuya duración no sea inferior al año, sea cual sea su denominación y ello a partir de lo dispuesto en el artículo 2.2 del RD 295/2009, tal como se argumenta en las SSTSJ Asturias de 20 de septiembre de 2012 y STSJ Cataluña de 23 de noviembre de 2012 (JUR 2013/21535). Argumento al que se puede añadir el concepto amplio de maternidad subyacente en la LO 3/2007, la Ley 39/1999 de Conciliación de la Vida familiar y laboral y la Convención de Derechos del Niño.

El TS, Sala 4ª, ha reconocido el derecho a prestaciones por maternidad en estos supuestos en su Sentencia de 18 de octubre de 2012 núm. 668/2012 (AS 2012/2503), en la que basándose en la existencia de una inscripción registral (del Registro Civil relativo a una pareja que concertó maternidad por sustitución en San Diego, USA, que reconoció la condición de progenitores; progenitor A y B, en lugar de padre y madre), que conlleva atribución de filiación, por tanto, una filiación que existe jurídicamente. Aunque en esta sentencia el TS reconoce que por esta vía se salva una prohibición de nuestro ordenamiento jurídico, pondera el superior interés del hijo, en todo caso, sea o no biológico, invocando la necesidad de mecanismos de tutela y protección en un Estado de Derecho y una sociedad democrática. Estos razonamientos llevan al TS a reconocer a los progenitores los derechos previstos en el art. 48 ET y 133 bis de la LGSS cuya finalidad es la protección del ser humano recién nacido, siendo irrelevante su génesis.

Es claro que la interpretación extensiva que ha primado en el orden social hasta este momento se sustenta en la existencia en nuestro ordenamiento de un vacío legal. Laguna que se ha integrado recurriendo a la analogía a partir de la consideración de que hay una identidad de razón entre estas situaciones e instituciones jurídicas: la tutela del menor, la atención de sus necesidades afectivas y de cuidados y su integración en el su núcleo familiar, que es la función o finalidad que se atribuye a las prestaciones de maternidad y los descansos y permisos. Pero también ha influido decisivamente en dicha interpretación extensiva (y justo es reconocerlo) la posición adoptada por la DGRG, recientemente desautorizada por el TS, Sala Civil. Y es precisamente el cambio acaecido en este sector del ordenamiento –el Derecho Civil– el que puede estar en la base de un giro en sentido restrictivo en el orden social, lo que no siendo automático ni imperativo, sí es técnicamente coherente, pues si no

existe inscripción registral donde conste esa filiación resultará más difícil fundamentar el reconocimiento de derechos laborales y de Seguridad Social.

La doctrina científica iuslaboral llega a idénticas conclusiones, aunque se sustenta sobre razonamientos más propios del Derecho Social y más concretamente del Derecho de la Seguridad Social. Prácticamente la totalidad de la doctrina científica iuslaboralista ha insistido en la aparición de un nuevo riesgo social con entidad propia, que es el nacimiento de un hijo, siendo las prestaciones por maternidad una de las más relevantes en orden a la protección de dicha situación, entre las que conforman el sistema de protección de la familia. Y es que en la evolución jurídica de estas prestaciones, la protección de la salud de la madre –que se limita a supuestos de parto– ha pasado a un segundo plano, siendo el cuidado del hijo (siempre presente en esta prestación, haya parto o no, como sucede con la adopción o el acogimiento) el principal riesgo o situación protegida³. Por tanto, la necesidad de protección del nacido de la maternidad gestante, sea cual sea el tipo de filiación, por tanto, es idéntica a los supuestos contemplados en la LGSS, sustentando ello la interpretación extensiva por analogía utilizada por el orden social de la jurisdicción, pues con independencia de que la filiación tenga su origen en un ilícito según nuestra legislación interna, la norma de Seguridad Social se dirige a la protección del nacido, aunque ello pase necesariamente por el reconocimiento del derecho al sujeto que ha de proteger y atender a ese menor. En este sentido, se puede invocar adicionalmente en el orden social la Disposición Adicional 5ª de la Ley de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral según la que “se considerarán jurídicamente equiparables a a la adopción y acogimiento preadoptivo o permanente, aquellas 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”, previsión legal que encaja con el supuesto de las sentencias o resoluciones extranjeras que reconocen la condición de progenitores a quienes contrataron la maternidad subrogada. Y adviértase que esta previsión legal no hace excepción alguna de orden público nacional ni distingue entre resoluciones contrarias o no a nuestro ordenamiento interno, lo que es importante en orden a una eventual desvinculación entre la doctrina civil y laboral, que no tienen por qué llegar a idénticas conclusiones.

Incluso para reforzar la autonomía de planteamientos en ambos sectores del ordenamiento, en el ámbito de la Seguridad Social, cuando una madre biológica cede en adopción o acogimiento a su hijo recién nacido, ello genera que por el mismo sujeto causante –el nacido– se den dos suspensiones y dos prestaciones por maternidad: la de la madre biológica (que podría ceder parcialmente al padre biológico) y la de los padres adoptivos o de acogida y ello porque la LGSS no contempla una reducción en el derecho en el caso de

³ Cfr. ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A.: “Maternidad”, en VV.AA. (dir. MONEREO), *Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social*, ed. Comares, Granada, 2008, pg. 103; GORELLI HERNÁNDEZ, J. e IGARTÚA MIRÓ, M.T.: *Las prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002; SÁNCHEZ RODAS, C.: “La maternidad como contingencia específica frente a la incapacidad temporal”, en VV.AA. *La incapacidad temporal*, Tecnos, Madrid, 1996.

que la madre biológica no se hiciera cargo del hijo nacido, además de que en tal caso, los padres adoptivos no pueden ser privados de su derecho tampoco⁴

4. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA STSJ PAÍS VASCO DE 13 DE MAYO DE 2014

La Sentencia nº 944/2014, del TSJ País Vasco, Sala de lo Social, de 13 de mayo de 2014, es una resolución que merece atención pues estamos ante el primer paso de lo que puede ser un giro en la doctrina judicial social de más amplio calado, y ello pese a que carece de una auténtica construcción jurídica capaz de contrarrestar, *per se*, la doctrina anterior.

El supuesto de hecho enjuiciado en el recurso de suplicación que resuelve esta sentencia, interpuesto por el INSS contra la SJS núm. Dos de Bilbao, de 13 de enero de 2014, dictada en proceso de Seguridad Social (prestaciones por maternidad) se refieren a una trabajadora y en alta en el Régimen General de la Seguridad Social que solicitó una prestación por maternidad, siéndole denegada por el INSS “por no encontrarse la solicitante en ninguna de las situaciones protegidas a efectos de la prestación por maternidad”. La actora estuvo en 2013 cuatro meses y medio en situación de incapacidad temporal con diagnóstico de trastorno de ansiedad. Había concertado una “gestación por sustitución” en San Diego, California (USA) de la que nacieron un niño y una niña, que fueron inscritos en el Registro Civil del Condado de San Diego. La Corte Superior de Justicia del Estado de California dictó resolución con fecha 13 de mayo de 2012 declarando que la entonces actora es la progenitora única legal de los dos niños, atribuyéndole la custodia legal y física de los niños. El 25 de junio de 2013 se presentaron sendas solicitudes de inscripción de nacimiento en el Registro Civil Consular de España en los Ángeles, expidiéndose el 3 de octubre Libro de Familia y practicándose la inscripción registral el 4 de octubre del mismo año en el Registro Civil Consular.

El Juzgado de lo Social núm. Dos de Bilbao, de 13 de enero de 2014, estimó la demanda, reconociendo el derecho a la prestación por maternidad y condenando al INSS al abono de la prestación por maternidad.

En el Recurso de Suplicación el INSS alegó infracción del art. 23 de la Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957 en relación con el art. 981 de la LEC de 1888, del artículo 10 de la Ley 14/2006 de reproducción humana asistida y la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en su Sentencia de 16 de diciembre de 2013, aquí comentada. Según el INSS, la inscripción registral consular no obsta para discutir la legalidad de la filiación, que considera es nula por contraria a derecho y siempre desde la perspectiva de un hipotético derecho de acceso a una prestación de Seguridad Social (en este caso, maternidad). Y, de otro lado, argumenta el INSS, es “*harto discutible que el interés de los menores involucrados se proteja avalando la conducta de las autoridades judiciales del Estado de California (USA), ya que en virtud del contrato inicialmente pactado se puede llegar hasta que se ejecute un posible aborto en determinadas circunstancias*”.

El TSJ País Vasco reconoce que su propia postura inicial era coincidente con la resolución de instancia y con la doctrina sentada por varios TSJ, sin embargo, considera que

⁴ Cfr. BALLESTER PASTOR, M.A.: “Comentario al artículo 133 bis”, en VV.AA., dir. MARTÍN VALVERDE y GARCÍA MURCIA, *Ley General de Seguridad Social comentada y con jurisprudencia*, ed. La Ley, 2009, pg. 991.

el hecho de ahora exista una jurisprudencia del TJUE, obliga a este Tribunal a acatarla (concretamente las Sentencias de 18 de marzo de 2014, asuntos C-167/12 y C-363/12, que tienen su origen en sendas cuestiones prejudiciales planteadas por Tribunales de Gran Bretaña e Irlanda, respectivamente), además del cambio de criterio en la Sala Civil del Tribunal Supremo que también trae se trae aquí a colación..

La primera (C-167/2012), se refiere a la Directiva 92/85/CEE, del Consejo de 19 de octubre, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, declarando el TJUE que *“los Estados Miembros no están obligados en virtud del artículo 8 de esa Directiva a conferir un permiso de maternidad a una trabajadora, en su calidad de madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución, incluso cuando puede amamantar a ese niño tras su nacimiento o lo amamanta efectivamente”*. Y, de otro lado, en relación con el artículo 13 de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y el 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, puesto en relación con los apartados 1, a) y b) y 2.c) de dicha Directiva, *“debe interpretarse en el sentido de que el hecho de que un empleador deniegue un permiso de maternidad a una madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución no constituye una discriminación basada en el sexo”*.

La segunda de las mencionadas sentencias del TJUE –C.363-2012– aunque no guarda una relación tan estrecha con el supuesto de hecho resuelto por el TSJ del País Vasco, merece mencionarse por su dureza, al referirse a la discapacidad de alguno de los cónyuges para tener hijos y supuesta necesidad de estas técnicas para acceder a la maternidad sin ser discriminados por esta causa. Al respecto, la Directiva 2000/78 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, según el TJUE, *“debe interpretarse en el sentido de que no constituye una discriminación por motivo de discapacidad el hecho de denegar la concesión de un permiso retribuido equivalente a un permiso de maternidad o un permiso por adopción a una trabajadora incapacitada para gestar a un niño y que ha recurrido a un convenio de gestación por sustitución”*.

Además de la jurisprudencia comunitaria, el TS invoca la STS (Civil) de 6 de febrero de 2014, ya analizada aquí, que ha dejado sin efecto la Instrucción de la DGRN de 8 de febrero de 2009 (no la de octubre de 2010), de la que el TSJ del País Vasco derivaría una especie de efecto automático denegatorio de la prestación solicitada.

En definitiva, y a esto se limita la fundamentación del TSJ País Vasco, para modificar su propia doctrina, cayendo en una especie de determinismo jurídico, no se puede dar otra solución que denegar la prestación por maternidad para dar cumplimiento a la jurisprudencia comunitaria y seguir el criterio del TS (Civil).

En mi opinión la Sentencia del TJS aquí analizada merece una doble crítica abierta y clara, sin ambigüedades amparables en lo controvertido que es en sí el hecho de la gestación por sustitución. Una doble crítica desde dos perspectivas bien distintas (ambas, jurídicas), una situada más en el ámbito político-jurídico y otra en el técnico jurídico.

Desde una perspectiva político-jurídica, es realmente preocupante indagar sobre el interés tutelado a través de este tipo de sentencias, ya que ni una sola mención al orden público y nuestros más elementales derechos humanos se hace en toda la sentencia. No se invoca la dignidad, ni se critica la mercantilización de la vida humana, no se hace alusión a ningún tratado internacional humanitario, ninguno que justifique la negativa de protección a los nacidos mediante técnicas legales al amparo de un ordenamiento jurídico foráneo. Por tanto, también cabe pensar en otros intereses de menor altura, como el ahorro de los costes económicos que su tutela comporta para el régimen público de Seguridad Social, porque éste es a la postre el interés que tutela esta sentencia (al menos el inmediato).

Desde una perspectiva técnico jurídica, la crítica es, si cabe, aún más sólida, ya que la invocación de dos sentencias del TJUE no justifica el fallo, pues no podemos olvidar que las Directivas son normas mínimas, establecen unos mínimos que los Estados han de garantizar, que en ningún caso impiden a éstos proporcionar niveles de protección superiores. Además, no es aplicable al caso la segunda de ellas la que corresponde al C.363/12 (sobre discapacidad para gestar). La primera de las Sentencias, que interpreta el art. 8 de la Directiva 92/85 (sobre seguridad y salud de la embarazada o que haya dado a luz o en período de lactancia) sólo recuerda las obligaciones o no de los Estados de conferir un permiso de maternidad, que entiende el TJUE la Directiva no impone en estos casos–, lo que no excluye que el Estado pueda reconocerla. Y en cuanto al art. 14 de la Directiva sobre igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación –entendiendo el TJUE que no hay discriminación por razón de sexo en el hecho de que un empleador deniegue permiso de maternidad a una madre subrogante– no se refiere a las prestaciones de maternidad, sino al permiso laboral, por lo que no es trasladable a la cuestión que nos ocupa y además, la doctrina favorable al reconocimiento de prestaciones por maternidad en supuestos de gestación por sustitución, en nuestro país, se ha sustentado no en el derecho comunitario ni en el principio de igualdad de forma prioritaria, sino sobre todo en la función de tutela del nacido propias de esta prestación, en la superioridad del interés del menor y en la existencia de una laguna integrable por analogía con otras situaciones previstas en la ley en las que se estima hay identidad de razón. Es decir, la fundamentación se ha hecho por la vía del Derecho interno porque no ha hecho falta acudir al Derecho comunitario. Por tanto, en sí, esta jurisprudencia del TJUE no comporta el efecto automático, como si de una operación matemática se tratara, de imposibilitar una legislación nacional que reconozca derechos en supuestos de maternidad por sustitución ni una jurisprudencia favorable a una interpretación extensiva. Además, en el orden social, la igualdad y no discriminación entre mujeres y hombres en absoluto ha sido, como hemos visto, el fundamento principal de los fallos estimatorios del derecho a prestaciones de Seguridad Social, siendo la finalidad de tutela del interés del menor el argumento más recurrente.

En cuanto a la sentencia del TS (Civil), igualmente su alcance es limitado porque solo alcanza a la Instrucción de la DGR de 8 de febrero de 2009, sin afectar a la posterior de 5 de octubre de 2010 y además sienta una doctrina que no tiene por qué vincular al orden social cuyas consecuencias pueden ser distintas dado que estamos ante sectores del ordenamiento de muy diferente naturaleza –Derecho Civil y Derecho de la Seguridad Social–.

En el orden social la tesis predominante ha sido la existencia de una laguna integrable por analogía sobre la base de la existencia de una identidad de razón entre la adopción y la

maternidad por sustitución, que vincula estas prestaciones de la Seguridad Social a una finalidad cada vez más centrada en la protección física, psíquica y afectiva del nacido y su integración en el núcleo familiar –y cada vez menos a la compensación de un aumento de gastos o defecto de ingresos o la salud de la madre tras el parto–. Protección amplia que se extiende a cualquier institución jurídica comparada que sea análoga a la maternidad, adopción o acogimiento según hemos mencionado en la Ley de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral (Disposición Adicional 5ª). Si a ello unimos principios generales del Derecho Social, como el principio *pro operario o pro beneficiario*, más evidente se hace la debilidad de las argumentaciones de este Tribunal en orden a revocar la sentencia de instancia, denegando en definitiva la protección solicitada. En ningún momento el TSJ afronta la espinosa cuestión del orden público nacional ni internacional, ni si se está ante un conflicto normativo o del mero respeto a decisiones lícitas y regulares de autoridades extranjeras; tampoco realiza un análisis del marco internacional sobre la protección del menor, por tanto, si algo es criticable jurídicamente hablando es la insuficiencia de la fundamentación del fallo. Y pensemos que en este caso hablamos de prestaciones por maternidad, pero pueden darse situaciones de desprotección en otras de suma relevancia como las de orfandad, en las que el problema de fondo vuelve a ser el mismo.

La supremacía de la ley nacional por encima, y en contra, del interés del menor, en absoluto impone la necesaria consecuencia de la nulidad y privación de todo efecto jurídico (máxime cuando se trata de derechos vinculados a una filiación reconocida), pues no hablamos de un contrato de gestación por sustitución concertado ni ejecutado en nuestro ordenamiento. Podría haberse hecho algún tipo de referencia al fraude de ley que se vincula al “turismo reproductivo”, cuando la voluntad de los sujetos es la de conseguir efectos contrarios a los de la ley nacional, sin embargo, tampoco se sigue esta línea de razonamiento, como sí sugiere el orden civil.

Por el momento es pronto para aventurar cual será la posición del TS cuando la cuestión llegue a casación, pero, al menos, hemos querido adelantarnos y reflexionar sobre una de las nuevas realidades que la bioética y multiculturalidad propia de las sociedades globalizadas plantea el sistema de Seguridad Social, aportando líneas de reflexión abiertas y críticas.

