

Gestación por sustitución. Necesidad de una respuesta jurídica a una realidad social

Gestation by substitution. Need for a legal response to a social reality

MARÍA DOLORES GARCÍA VALVERDE

PROFESORA TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE GRANADA

*"No hay ningún viento favorable para el que no sabe a qué puerto se dirige."
"Muchas veces las cosas no se le dan al que las merece más, sino al que sabe pedir las con insistencia."*

Arthur Schopenhauer¹

Resumen

La gestación por sustitución es una técnica de reproducción asistida por la cual una mujer asume el compromiso de gestar a un niño para que una o varias personas puedan establecer una filiación respecto del mismo. El objetivo de este trabajo es analizar: Primero: la problemática general y la inscripción de los niños en el Registro Civil. Y segundo: los principales efectos y el reconocimiento, por parte de la jurisprudencia del orden social, del derecho a la prestación por maternidad en los casos de gestación por sustitución o maternidad subrogada.

Abstract

Gestation by substitution is a technique of assisted reproduction by which a woman commits to carrying a child so that one or several people can become the parents of it. The objective of this work is to analyse: First: the general issue and the registration of the children in the Civil Registry. And second: the main effects and the recognition, by the jurisprudence of the labour courts, of the right to maternity benefit in the cases of surrogacy.

Palabras clave

Gestación por sustitución; maternidad subrogada; interés superior del menor; prestación por maternidad; turismo reproductivo

Keywords

Gestation by substitution; surrogate motherhood; the child's best interests; maternity benefit; reproductive tourism

1. INTRODUCCIÓN. CONCEPTO Y TIPOS DE GESTACIÓN SUBROGADA

La ciencia avanza muy rápidamente en materia de reproducción, lo que ha supuesto importantes desafíos para el Derecho. Actualmente se puede hablar de filiación biológica y junto a ella existen otro tipo de filiaciones que tienen un importante peso y relevancia. Se trata de la filiación adoptiva y la filiación no biológica. En este sentido, hay que traer a colación la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida², pues en la filiación no biológica se incluyen algunas técnicas de reproducción asistida³.

¹ Arthur Schopenhauer (1788-1860), filósofo alemán.

² En 2006 se dicta esta Ley con el fin de acomodar la legislación vigente a todos los avances acaecidos en este terreno y de corregir las deficiencias detectadas hasta el momento. Deroga las dos Leyes anteriores: la Ley (...)

La gestación subrogada es una nueva técnica de reproducción asistida por la que una mujer (gestante) accede a gestar el hijo de otra persona o pareja (padres comitentes o padres intencionales). Se puede definir la gestación subrogada como un 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 a los comitentes, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre sí o no, que a su vez pueden aportar o no sus gametos⁴. Sin duda, se está en presencia de un contrato civil de arrendamiento de obra que implica necesariamente la utilización de la fecundación *in vitro*, y en el que intervienen como mínimo tres partes⁵.

Los términos utilizados en este trabajo son: madre gestante para quien da a luz al niño, madre y padre comitentes para quienes contratan la gestación, padre biológico para quien aporta material genético (esperma/gametos), y gestación por sustitución para referirse al fenómeno en sí, derivado del contrato de gestación subrogada.

Con el fin de reducir al máximo posible el vínculo entre la gestante y el futuro bebé, si es posible se pretende que los óvulos y espermatozoides utilizados sean aportados por los padres de intención, o bien por un donante⁶.

Este tipo de método de reproducción tiene como principales usuarios las parejas de heterosexuales a quienes ciertas contraindicaciones médicas les impiden un embarazo llevado a buen término. Si bien, en los últimos años se trata de un método también cada vez más común entre las parejas homosexuales, y hombres y mujeres solteras.

Se está ante una cuestión objeto de una amplia controversia y recibe un tratamiento normativo dispar en los distintos Estados de nuestro entorno más cercano. La gestación por sustitución se prohíbe, por ejemplo, en: Austria, Bulgaria, Finlandia, Francia, Alemania, Malta, Italia, Islandia, Hungría, Portugal o España. Está abiertamente admitida, por ejemplo, en varios Estados de EE. UU., Rusia o India. Y, en cambio, está admitida con ciertas restricciones, entre otros, en: Reino Unido, Bélgica, Holanda, Dinamarca o Grecia⁷.

En este sentido, se puede señalar que en el ámbito comparado hay una dispar regulación y tratamiento de la gestación por sustitución. No existe actualmente una tendencia hacia la armonización de regulaciones. Algunos países prohíben esta técnica, de manera que,

35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida, y la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, que modificó la anterior.

³ En este sentido, se debe traer a colación que la CE, en su art. 39.2, garantiza por los poderes públicos la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. Un comentario en DE TORRES SOTO, M.: “La necesidad de revisión y desarrollo equilibrado del artículo 39.2 de la Constitución Española”. En VV. AA., *La Reforma Constitucional: Propuestas y Desafíos*. Editorial Aranzadi, Pamplona, 2018.

⁴ SELMA PENALVA, A.: «Vientres de alquiler y prestación por maternidad». *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n.9, 2013, págs. 1 y ss., versión electrónica.

⁵ Véase FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A. S.: «Eficacia jurídico-registral del contrato de gestación subrogada». *RAD*, n. 6, 2011, versión electrónica.

⁶ En este sentido, se ha de traer a colación que en algunos de los países en los que esta práctica está permitida, se incluyen en la legislación que la regula la prohibición de que la gestante y la donante de óvulos sea la misma persona.

⁷ Sobre el tratamiento y reconocimiento en los distintos países acúdase a VILAR GONZÁLEZ, S.: «Situación actual de la gestación por sustitución». *Revista de Derecho UNED*, n. 14, 2014, págs. 903 y ss.

al no permitir a sus ciudadanos acudir a la subrogación para ser padres, esos sujetos se marchan a otro país que sí permita esta técnica. Por ello, se puede diferenciar entre: países «de origen» de parejas comitentes, y otros que «de destino» de esas parejas. De este modo, se produce el fenómeno del «Turismo Reproductivo».

En España, además de la prohibición legal, la gestación por subrogación va en contra del respeto a los principios esenciales de nuestro ordenamiento jurídico. Así, la persona humana no puede ser objeto de comercio de los hombres, o lo que es lo mismo, que el niño no puede ser objeto de transacción, requeridos por el necesario respeto a la dignidad de la persona y su integridad moral (arts. 10.1 y 15 CE). También el Código Civil señala que pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres (art. 1271) y el art.1275 impide la producción de efectos a los contratos con causa ilícita. Preceptos que impiden que la vida humana sea objeto de contrato⁸.

Además, desde la perspectiva del Derecho Penal, surge la duda de si la conducta de la madre gestante y los padres intencionales o comitentes podría acarrear alguna responsabilidad. El art. 221 CP fija penas de prisión de 1 a 5 años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad de 4 a 10 años para los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación. Y, además, en su número 2 prevé estas mismas penas para la persona que reciba al menor y el intermediario, aunque la entrega se hubiese efectuado en país extranjero⁹.

En este sentido, se debe traer a colación la STS, Sala de lo Civil, de 6 de febrero de 2014 (Rec. 245/2012) y la opinión de parte de la doctrina científica¹⁰.

La situación descrita y existente en España es lo que hace que en la realidad práctica el itinerario generalizado para acceder a la paternidad por vía de la gestación por sustitución

⁸ Véase ARAGÓN GÓMEZ, C.: “La legalización de facto de la maternidad subrogada. A propósito de los recientes pronunciamientos de la sala de lo social del Tribunal Supremo con respecto a las prestaciones por maternidad”. *Revista de Información Laboral*, n.4, 2017, págs. 2 y ss., versión electrónica.

⁹ BASTERRA HERNÁNDEZ, M.: “El contrato de trabajo frente a los tratamientos de reproducción asistida: la fecundación in vitro y la gestación subrogada”. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 205, 2018, págs. 8 y 9, versión electrónica. Además concluye que si la lectura de este art. 221 CP se enfoca a la luz de las nociones previas que ofrece el art. 10 Ley 14/2006, la conclusión es que la conducta de la madre gestante, los padres comitentes e incluso el eventual intermediario entre las partes en el contexto de un contrato de gestación por sustitución sí podría ser sancionable a nivel penal. En efecto, toda vez que el art. 10.2 de la Ley 14/2006 establece que la filiación en los supuestos de gestación por sustitución quedará determinada por el parto, la mujer gestante y a la sazón verdadera madre del menor estaría entregando a su hijo los padres comitentes eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación y mediando para ello una compensación económica. Le lleva a concluir que tal conducta encajaría en el tipo penal del art. 221 CP. Además, la norma extiende extraterritorialmente la aplicación de la Ley penal española para aquellos casos en que esta conducta se desarrollase en el extranjero pero terminase propagando sus efectos al territorio y al ordenamiento jurídico español; tal y como se desprende de la aplicación del art. 23.2 LOPJ y el art. 3 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño (Nueva York el 25 de mayo de 2000, ratificado por España y en vigor desde el 18 de enero de 2002).

¹⁰ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y MARTÍNEZ BARROSO, M. R.: “El Tribunal Supremo ante la gestación por sustitución: reconocimiento de prestaciones por maternidad derivadas de un negocio jurídico nulo y la necesaria tutela del interés del menor”. *Derecho de las Relaciones Laborales*, n. 2, 2017, pág. 154.

sea acudir a un país extranjero donde se desarrollará íntegramente todo el proceso: celebración del contrato, realización de las intervenciones médicas pertinentes, nacimiento del menor y posterior formalización de los trámites legales y burocráticos correspondientes.

La reproducción conseguida a través de la maternidad por sustitución o vientre de alquiler, definida como un 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 a los comitentes, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre sí o no, que a su vez pueden aportar o no sus gametos, ¿se considera una situación protegida en nuestro ordenamiento jurídico? ¿Y con qué amplitud?

Es una de las preguntas que se hacen múltiples parejas o personas individuales en España en los últimos años, ante la habitualidad de la utilización de esta técnica.

A todo ello se hará referencia en los apartados siguientes, con especial detenimiento en lo que afecta a la prestación por maternidad.

2. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN O GESTACIÓN SUBROGADA

Como ya se ha dejado constancia en este trabajo, se utilizan diversos términos para denominar esta realidad, los más usuales: maternidad subrogada, gestación por sustitución, alquiler de útero, madres suplentes, madres portadoras, alquiler de vientres, gestación por cuenta ajena o por cuenta de otro.

La gestación por sustitución ha dado lugar a un importante impacto en la conciencia de nuestra sociedad, en un sentido tanto cuantitativo (por el número total de hijos nacidos mediante esta técnica y que llegan a nuestro país desde el extranjero) como cualitativo (en relación a la relevancia mediática de muchas de las personas que han recurrido a esta vía para ser padres). Lo cual, unido a las delicadísimas cuestiones éticas y morales a las que afecta la maternidad subrogada, ha terminado por suscitar un acalorado debate ideológico en el seno de la opinión pública; tal y como muestran los innumerables artículos de prensa sobre esta materia, las infinitas entradas de blogs y páginas web que aparecen en internet (desde colectivos que defienden una y otra postura) o, también, la gran acogida de las producciones cinematográficas que lo tratan¹¹.

La realidad social ha dado lugar que también se abra un debate en el ámbito jurídico-legal. Es preciso un estudio jurídico, sistemático y pausado, sobre el estado actual de la materia.

Desde finales del año 2016, principalmente, son varias las novedades relevantes que se están produciendo en esta materia. Hay que destacar la jurisprudencia creada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en el sentido de reconocer el derecho a la prestación por maternidad en los casos de gestación por sustitución.

¹¹ Un comentario y referencias en BASTERRA HERNÁNDEZ, M.: “El contrato de trabajo frente a los tratamientos de reproducción asistida: la fecundación in vitro y la gestación subrogada”, op. cit., pág.7, versión electrónica.

La gestación por sustitución es un tema que presenta, en la actualidad, una gran complejidad. Para algunos, se trata de una práctica lícita, que debe ser admitida jurídicamente. Frente a ello, los sistemas jurídicos occidentales tradicionalmente han entendido que, frente a la libre disposición de los objetos, las personas, incluyendo el cuerpo humano, sus órganos y funciones más esenciales, no pueden ser objeto de comercio. De este modo, la libertad de los individuos para establecer contratos en mutuo provecho tiene límites. Con respecto al hijo, la legalización de la gestación subrogada supone mercantilizar la filiación, ya que ésta dependerá, en última instancia, de una transacción económica. Por otro lado, la experiencia ha demostrado que el niño queda en una posición muy vulnerable, dado que su situación depende de las cláusulas establecidas en dicho contrato, lo cual no asegura, en absoluto, la protección de sus intereses y derechos. Por todo ello, se ha concluido desde el punto de vista de la ética que, ciertamente, el deseo de las parejas estériles debe ser escuchado por la sociedad. Sin embargo, no todos los deseos de los adultos deben ser considerados como derechos, máxime si ello implica lesiones a la dignidad y a los derechos de otros sujetos implicados, especialmente de las mujeres más vulnerables y los hijos¹².

Se ha comenzado a hablar de *Turismo Reproductivo*. Se utilizan estos términos para definir el desplazamiento de un individuo o pareja desde su país de origen a otro país, para acceder a los diversos tratamientos de reproducción. Este turismo también deja entrever la idea de que la reproducción humana es un objeto del comercio. El turismo reproductivo da lugar a diferentes problemas. Especialmente se produce respecto a los niños nacidos en Rusia, Ucrania o la India.

Otro supuesto distinto es cuando el acuerdo se ha realizado en un país como EE.UU. y conforme a las normas de ciudadanía, el niño que nace allí adquiere la ciudadanía de EE.UU. y por lo tanto podrá viajar de regreso a su país con un pasaporte estadounidense. Las dificultades comienzan cuando regresan y los comitentes procuran la inscripción del certificado de extranjero y esto es denegado por razones de orden público. Como consecuencia de esta situación, el niño es residente en un Estado que no reconoce a sus padres como padres legales, lo que afecta al derecho del niño a la afiliación, adquirir una nacionalidad, el derecho del niño a la identidad.

Prueba de ello se encuentra el caso de los mellizos M&M resuelto por la Corte de Apelación de Lieja. Se trata de un matrimonio de varones casados en Bélgica que tienen gemelos en California mediante un contrato de gestación subrogada. Una vez en Bélgica solicitaron la transcripción de los certificados de nacimiento. El tribunal de primera instancia denegó la inscripción por violación del orden público, pues considera la legislación belga que los contratos violan el orden público y la dignidad humana. Esta sentencia fue parcialmente revocada por la Corte de Apelación de Lieja, a fecha 6 de septiembre de 2010, y llegó a la conclusión que la reserva de orden público debía ser matizada por el interés superior de los niños que se vería afectado si los niños son privados del vínculo jurídico con su padre biológico.

¹² LÓPEZ GUZMÁN, J. y APARISI MIRALLES, A.: "Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada". *Cuadernos Bioética XXIII*, 2012/2ª, págs. 253-267.

No obstante, no sucedió lo mismo en Francia, con el conocido caso *Mennesson*¹³. El matrimonio francés *Mennesson* se desplaza a California y celebra con una norteamericana el contrato de gestación por sustitución, por el que dará a luz dos hijos de la pareja, concebido con los gametos del padre y un óvulo donado. Los tribunales franceses basándose en razones de orden público, por vulneración de la ley francesa, consideran que su anulación de la inscripción no priva a los niños de su filiación materna ni paterna reconocida por el derecho californiano. Los *Mennesson* recurrieron al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

3. PROHIBICIÓN Y PROBLEMÁTICA EXISTENTE. DISPARIDAD NORMATIVA

El artículo 10 Ley 14/2006 dispone que será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero¹⁴. La ley descarta lo que se denomina vientre de alquiler o mujer subrogada, ya que la filiación queda determinada por el parto, incluso, aún sin la existencia de dicha norma, el contrato sería nulo por ilicitud de causa y razón de su objeto, al considerarse fuera del comercio de los hombres la capacidad de gestar. Y el número 3 de este mismo precepto deja la puerta abierta a formas de poder reconocer a esos niños mediante la acción de reclamación de paternidad o mediante la adopción.

Las incertidumbres y los problemas no desaparecen, al contrario, aumentan con lo establecido por la Ley 14/2006 en este artículo en torno a la maternidad por subrogación. A este respecto, el Comité de Bioética de España (CBE) en su Informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada de 8 de mayo de 2017¹⁵. El Comité señala varios problemas, de ellos destacan: Primero: el hecho de que la maternidad subrogada sea contraria a la ley nacional y que sin embargo se consiga por parte de españoles, ser padres en otros países donde sí es legal. Los menores que han nacido en otros países por esta técnica, como señala el Tribunal Supremo no pueden verse privados en nuestro país de los derechos a su inscripción en el Registro Civil como hijos de españoles o al derecho a la inserción familiar en igualdad de condiciones que un hijo nacido de forma natural¹⁶. Aunque la gestación subrogada esté prohibida en España las familias consiguen registrar a los hijos en nuestro país¹⁷. Segundo: También el Comité considera que este tipo de contrato de gestación por sustitución daña los intereses superiores del menor, por ello el Comité afirma que deben considerarse nulos los contratos celebrados en el extranjero, sancionando a las agencias que los faciliten; que debe promoverse internacionalmente un marco común regulatorio que prohíba la celebración de contratos de gestación en garantía de la dignidad de la mujer y del niño; que debe asegurarse una transición segura que no deje desprotegidos a los niños resultantes de los procesos de maternidad subrogada internacional en los que pueden estar

¹³ *Affaire Mennesson c. France* (Requête n. 65192/11), 26 de junio de 2014, disponible en HUDOC (<http://www.echr.coe.int/>).

¹⁴ En este sentido, ATIENZA (“De nuevo sobre las madres de alquiler”. Revista El Notario del Siglo XXI, n.27, de 13 de octubre de 2009) señala la importancia de la no prohibición de la subrogación en nuestro sistema, argumentando que la distinción entre nulidad y sanción enlaza con la distinción entre dos grandes tipos de normas: las normas constitutivas y las normas regulativas.

¹⁵ Consúltese la Nota de prensa del 19 de mayo de 2017.

¹⁶ STS de 25 de octubre de 2016 y 16 de noviembre de 2016.

¹⁷ Instrucciones 18-2-2009 y 5-10-2010 de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

inmersos varios españoles y que para ello se garantice que la filiación en el extranjero se realice conforme a la doctrina establecida por el TS¹⁸.

La problemática principal que surge es: en primer lugar, a la hora de dilucidar si cabe otorgar eficacia jurídica en España a la filiación obtenida de conformidad con las leyes de terceros Estados que sí permiten esta suerte de negocios jurídicos y determinan la filiación a favor de los sujetos comitentes, previa renuncia de la madre gestante de todos sus derechos ligados a tal condición. Y, en segundo lugar, cuando los padres comitentes solicitan el descanso por maternidad y las prestaciones correspondientes en el ámbito de la Seguridad Social.

Todo ello ha dado lugar a un largo debate, tanto en sede doctrinal como en sede jurisprudencial, y defendiéndose posiciones encontradas en el plano administrativo y en el judicial, y dentro de éste, con planteamientos también distintos en la jurisdicción civil y la laboral.

En relación con el acceso de la filiación al Registro Civil español, la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) de 5 de octubre de 2010 establece el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, señala un criterio que permite la inscripción cuando se cumplen determinados requisitos mínimos¹⁹.

En este mismo sentido se pronuncia la Ley 20/2011, de 21 de julio, de Registro Civil (LRC), en vigor desde el 30 de junio de 2017. Confirma los criterios de la DGRN, pues permite el acceso al Registro civil español tanto de resoluciones judiciales extranjeras (art. 96) como de certificaciones de asientos extendidos en Registros extranjeros (art. 98), si se cumplen determinadas condiciones y requisitos. La LRC establece el orden público como límite a la posibilidad de inscribir en el Registro civil español certificaciones registrales de filiación provenientes de otros países²⁰.

¹⁸ <http://www.comitedeBioetica.es/>

Un comentario en DE TORRES SOTO, M.: “La necesidad de revisión y desarrollo equilibrado del artículo 39.2 de la Constitución Española”, op. cit., págs. 19 y ss., edición electrónica. Se trata el problema del acceso a la identidad biológica del hijo.

¹⁹ La Instrucción Dirección General de Registros y Notariado sobre «régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución», de 5 de octubre de 2010, que, basándose en el interés superior del menor, ordena, sin prejuzgar la cuestión de fondo –la filiación–, la inscripción en el Registro Civil español de los españoles nacidos en el extranjero mediante esta técnica, siempre y cuando exista una decisión judicial extranjera que determine dicha filiación.

²⁰ SIRVENT HERNÁNDEZ, N.: “Gestación por sustitución y derecho a prestaciones de Seguridad Social. Razones para una regulación urgente”. Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo, n. 205, 2018, pág. 12, versión electrónica. Considera que el recurso a un concepto jurídico indeterminado no resuelve definitivamente la cuestión y todo apunta a que se reproducirán de nuevo posiciones encontradas, y se mantendrá abierto el importante debate doctrinal y jurisprudencial entablado en torno a esta materia. También señala, reproduciendo a otro autor (DURÁN AYAGO, A.: “El acceso al Registro Civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la Ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución”. Anuario de Derecho Internacional Privado, tomo XII, 2012, pág. 308) que «la entrada en vigor de la nueva LRC (...) no impedirá que siga habiendo resoluciones contradictorias y que impere la inseguridad jurídica, porque el art. 10 Ley 14/2006 seguirá existiendo y ese es el principal y de momento único freno que existe en nuestro ordenamiento para rechazar el acceso al Registro Civil de estas filiaciones».

Por otro lado, la STS (Sala de lo Civil) de 5 de febrero 2014 fija un criterio mucho más estricto. El TS deniega la inscripción en base a la nulidad del contrato de maternidad subrogada en nuestro ordenamiento. En la argumentación del TS destaca la idea de que al ser nulo el contrato de subrogación en nuestro Ordenamiento, sería contrario al orden público español reconocer la filiación establecida por el mismo en California. Sin embargo, tal y como apunta el voto particular de la sentencia, el orden público ha de valorarse caso por caso, y no de forma preventiva²¹.

Lo cierto es que el legislador español no puede permanecer ajeno a una realidad que ha penetrado en nuestras vidas, suscitando un debate en el ámbito social, ético y jurídico²².

Una parte de la doctrina científica reclama, desde hace tiempo, la razonable necesidad de la regulación en España del convenio de gestación por sustitución²³. Se trata de un criterio compartido por cada vez más autores. Se plantean la revisión de la radical prohibición de la gestación por subrogación o encargo. Este problema debe ser afrontado diligentemente en nuestro ordenamiento jurídico, tal y como está sucediendo en otros países de nuestro entorno o fuera de él, mediante la elaboración de una legislación razonable²⁴.

Desde que surgió y se generalizó las gestaciones por sustitución en España ha habido varios intentos de regulación. Se pueden destacar: Primero, el presentado por el Grupo Parlamentario Unión Progreso y Democracia. A comienzos del año 2015 (20 de febrero) presentó en el Congreso de los Diputados una Proposición no de Ley para la creación de un marco regulatorio de la gestación subrogada, para su debate en la Comisión de Justicia. Reclama «*la derogación del artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida contempladas por la ley*» para articular tanto la irreversibilidad del acuerdo a efectos de filiación como la imposibilidad de «*impugnar la filiación del hijo nacido como consecuencia de tal gestación*»²⁵.

²¹ Se ha de traer a colación la argumentación del TEDH en el caso *Menesson*. Una cosa es que el Estado español o francés tengan un margen de apreciación para considerar que un contrato como el de subrogación contradice el orden público; y otra es denegar el reconocimiento por este motivo cuando el menor respecto del cual pretende inscribirse la filiación se encuentra ya en el país. En este caso hay que tener en cuenta el interés superior del menor por encima del orden público.

²² Repárese que el primer acuerdo de maternidad subrogada en donde se involucró la inseminación artificial fue documentado en 1976, a través de Noel Keane, que creó la *Surrogate Family Service Ins.*, con el fin de ayudar a parejas con dificultades para concebir, facilitando el acceso a madres sustitutas y realizando los arreglos necesarios para la subrogación.

²³ Así lo pone de manifiesto VELA SÁNCHEZ, en numerosos de sus trabajos. Destacan: *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*. Editorial Comares, Granada, 2012; *Gestación por encargo: Tratamiento judicial y soluciones prácticas*. La cuestión jurídica de las madres de alquiler. Colección Derecho Español Contemporáneo, Editorial Reus, Madrid, 2015, págs. 11 y ss.; y “La gestación por sustitución en las Salas de lo Social del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia”. A propósito de la prestación por maternidad en los casos de nacimientos derivados de convenio gestacional. *Diario La Ley*, n. 8927, Sección Doctrina, 2017. *La Ley* 1450/2017.

²⁴ Consúltase FLORES RODRÍGUEZ, J.: «*Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en Europa*. Comentario a la STEDH de 26 de junio de 2014, recurso no 65192/11», *Diario La Ley*, núm. 8363, 2014, pág.5. Para este autor, de acuerdo con lo establecido por el TEDH, hay que establecer un estatuto jurídico que regule y preste seguridad, previsibilidad y certidumbre a esta situación.

²⁵ Un análisis sobre esta proposición en HIERRO HIERRO, J.: “*Prestaciones de Seguridad Social y nuevas formas de familia: la jurisprudencia comunitaria sobre la maternidad subrogada*”. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, n. 127, 2017, págs. 98 y 99.

Segundo, la Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación. Presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, XII Legislatura, 8 de septiembre de 2017)²⁶. El debate sobre la gestación subrogada ha estado presente en el Parlamento durante esta legislatura debido a la diferencia de posiciones existente entre los partidos en esta materia²⁷. Su principal defensor es Ciudadanos, quien ha presentado la proposición de ley en el Congreso²⁸. La propuesta utiliza los términos “gestación por sustitución”²⁹.

Con la Propuesta se pretende superar la situación originada tras la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la Dirección General del Registro y el Notariado (DGRN). La Instrucción ha abierto la posibilidad de inscribir en el Registro Civil español una relación de filiación declarada por un Tribunal extranjero, haciendo así factible, la continuidad transfronteriza de una relación de filiación que, obviamente, implica responsabilidades parentales. Y ello aunque esta relación de filiación sea fruto de una gestación subrogada. De esta forma, según el Grupo Parlamentario Ciudadanos, la Instrucción de 5 de octubre de 2010 ha dejado, en la práctica, sin contenido efectivo la nulidad del contrato de gestación subrogada contenida en la Ley 14/2006, al hacer posible la inscripción en el Registro Civil español del fruto del contrato, con la única condición de que no se haya formalizado en España³⁰.

La Proposición de Ley se estructura en siete Capítulos, una disposición derogatoria y cuatro disposiciones finales. El primero de los Capítulos recoge las disposiciones generales, en concreto el objeto y los principios rectores de la Ley, las definiciones necesarias, los requisitos de la gestación por subrogación y la naturaleza altruista de la misma. El segundo Capítulo regula los derechos de los cuales son titulares, y los requisitos que deben cumplir, los sujetos intervinientes en el procedimiento de gestación por subrogación, así como el

²⁶ Según la Exposición de Motivos “nuestro ordenamiento jurídico no satisface una de las exigencias básicas de todo Estado democrático de Derecho: ofrecer cauces institucionales adecuados para que la libertad de los ciudadanos se pueda hacer realidad, en consonancia con la riqueza con la que hoy se expresa. El ciudadano de hoy, no es el de los siglos pasados; la libertad de hoy, no es la de los tiempos pasados. Ha evolucionado el ciudadano, tanto como la familia y las formas de concebir y vivir la familia. Cerrar los ojos a esta evidencia es como cerrar los ojos a la luz que ilumina nuestro progreso como sociedad y Estado”.

²⁷ Aunque el resto de formaciones se ha mostrado en contra de esta práctica, desde el PP, su dirigente Javier Maroto llegó a pedir la libertad de voto en esta materia, ya que, en diferentes ocasiones, se ha apartado de la opinión de su partido y ha defendido esta práctica. Los ‘vientres de alquiler’ también han estado presentes en esta legislatura dentro de la negociación del Pacto de Estado contra la Violencia de Género. Tanto PSOE como Unidos Podemos han señalado esta práctica como un tipo más de violencia contra la mujer, una situación que llegó a denunciar el partido naranja. Finalmente, no se incluyó dentro del documento pactado.

²⁸ Artículo 1: Objeto. “La presente Ley tiene como finalidad regular el derecho a la gestación por subrogación, entendiéndose por tal, el que les asiste a los progenitores subrogantes a gestar, por la intermediación de otra, para constituir una familia, y a las gestantes subrogadas, a facilitar la gestación a favor de los subrogantes, todo ello en condiciones de libertad, igualdad, dignidad y ausencia de lucro, expresivas de la más intensa solidaridad entre personas libres e iguales”.

²⁹ Y define, «Gestación por subrogación»: Es la gestación que se lleva a cabo cuando una mujer acepta ser la gestante mediante cualquiera de las técnicas de reproducción asistida contempladas por la ley y dar a luz al hijo o hijos de otra persona o personas, los progenitores subrogantes. Véase artículo 3. Definiciones.

³⁰ Continúa diciendo la Exposición de Motivos que la citada Instrucción vela también por el interés superior del menor, contenido normativamente en la Convención sobre Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, adoptada por Naciones Unidas y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990. La Convención incluye, entre otros derechos, los del menor a tener los mismos padres en todos los países y a tener una nacionalidad, cuestiones a las que la Instrucción da respuesta, como no podía ser de otra manera, permitiendo a la vez la inscripción en el Registro Civil español de menores nacidos mediante gestación subrogada en otros Estados.

contenido del contrato de gestación y la forma en que debe formalizarse. El tercer Capítulo aborda el proceso de la fecundación y posterior parto, así como la relación de filiación entre el progenitor o progenitores subrogantes y el menor, incluyendo los casos de premoriencia de uno de los dos progenitores subrogantes o el fallecimiento de los progenitores subrogantes durante la gestación. El cuarto Capítulo está reservado a la creación del Registro Nacional de Gestación por Subrogación, adscrito al Registro Nacional de Donantes, así como la inscripción en el mismo de las mujeres que libremente deseen participar en la gestación por subrogación. El quinto Capítulo regula las condiciones de funcionamiento que deben reunir los centros y servicios sanitarios para llevar a cabo la gestación por subrogación, incluyendo la obtención de la calificación y autorización necesarias y su inscripción en los Registros de centros y actividades. El sexto Capítulo aborda el asesoramiento y orientación de la utilización de la gestación por subrogación, que son competencia de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida. El séptimo y último Capítulo se refiere a las infracciones y sanciones de aquellas conductas contrarias a lo establecido en la Ley.

Se ha de tener presente que tras la Proposición de Ley presentada por Ciudadanos, la Cátedra de Bioética Jérôme Lejeune ha comentado al respecto los distintos aspectos de la Proposición³¹. Y concluye que la ley propuesta por Ciudadanos, si bien intenta ser garantista, de hecho, no garantiza la salud de la donante, de la gestante y del bebé, tanto en fase prenatal como una vez nacido. Lo que lleva a la Cátedra de Bioética a poner de manifiesto que su criterio es contrario a la ley de regulación de tal práctica.

La actividad política, el debate, de esta problemática está servida. Son numerosas las preguntas al Gobierno registradas en la Cámara Baja sobre esta materia, entre ellas otra de la portavoz socialista en la que reclamaba datos sobre el número de hijos de padres españoles gestados en el extranjero a través de esta práctica entre 2010 y 2016. El resultado fue 975 inscripciones. El Gobierno también informó de que este casi millar de niños procede de una decena de países, destacando Estados Unidos y Ucrania, desde donde se pide la filiación en el 80,2 por ciento de los casos³².

³¹ Para la Cátedra de Bioética, desde una perspectiva jurídica, la propuesta vulnera los derechos del niño. Desde una perspectiva médica, y teniendo en cuenta el principio básico de toda ética médica "primero no hacer daño", la propuesta de ley no asegura la salud de la mujer donante ni gestante, así como la salud del bebé que va a nacer, bien prioritario que debe ser salvaguardado en toda intervención médica. Y desde una perspectiva Bioética: la gestación por subrogación no respeta principios fundamentales de una ética cuyo objeto es el bien, la vida y la salud de las personas.

³² En el documento el Ejecutivo especifica que son 553 los registros que tiene contabilizados en los diferentes consulados del país en Estados Unidos, lo que supone el 56,7 por ciento del total. El de Los Angeles es el que presenta mayor número de inscripciones, con 281 en total. Le siguen Chicago, con 144, y San Francisco con 95. Desde Ucrania se han sumado 231 casos, en los últimos seis años, que representan el 23,6 por ciento. También destacan las cifras del consulado de la India y Nepal, en donde se han contabilizado 97 casos, a pesar de que tanto India, en 2013, como Nepal, en 2015, prohibieron la gestación por sustitución para extranjeros. En este ranking, México con 51 casos y Tailandia con 27, son otros de los países destacados, por delante de Grecia, Rusia, Canadá y Reino Unido, en los que el Ejecutivo sólo tiene constancia de cuatro inscripciones. Sin embargo, el texto precisa que en el consulado en Londres "se tiene conocimiento de trámites iniciados" en esta materia, de igual modo que se han registrado estos procesos en Rusia, Portugal o Sudáfrica. Además, se señala que existen otros países que regulan esta práctica en sus leyes, como Bélgica o los Países Bajos, pero no hay datos de trámites por parte de padres españoles.

4. EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA JUDICIAL Y CONSECUENCIAS

La generalización de la utilización de la técnica de reproducción asistida consistente en la gestación por sustitución, en los últimos años, y la ausencia de normativa reguladora en España ha dado lugar a que la amplia problemática que se plantea, especialmente en el ámbito laboral, se resuelva por nuestros tribunales de justicia. Son ellos quienes salen al paso y dan solución a las reivindicaciones de los trabajadores que acuden a estas técnicas reproductivas³³. Así, la doctrina judicial y la jurisprudencia están procediendo a regularizar la situación que se produce para estos niños mediante la flexibilización de los requisitos legales³⁴.

4.1. Doctrina Europea y Comunitaria

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronunció sobre esta cuestión en dos sentencias de 26 de junio de 2014: Asunto 65192/11, *Mennesson contra Francia*, y Asunto 65941/11, *Labasse contra Francia*³⁵. En ambos casos la corte europea concluyó que el Estado francés había conculcado el artículo 8 Convenio Europeo de Derechos Humanos, al denegar la inscripción en el registro civil francés de la filiación determinada por una autoridad extranjera en que se reconocía como padres a los comitentes de un contrato de gestación por sustitución.

En las sentencias se pone de manifiesto el amplio margen de apreciación que tienen los Estados europeos para regular cuestiones tan sensibles como la maternidad subrogada, sin embargo el tribunal termina optando por el reconocimiento de la filiación de las gemelas nacidas en California fruto de un contrato de subrogación por entender que es necesario proteger el interés superior del menor, en concreto el respeto a su vida privada e intimidad. El Tribunal tiene presente el interés superior del menor por encima del concepto de orden público al plantearse el reconocimiento de una filiación resultante de un contrato de subrogación celebrado en el extranjero. Es decir, en esa tensión que se ha mencionado entre la regulación interna de Francia y la necesidad de dar solución al problema que plantea el fenómeno del «turismo reproductivo». El TEDH admite el reconocimiento a pesar de que la regulación interna francesa con respecto a la subrogación es claramente prohibitiva, por ser contraria a los principios del orden público francés en cuanto a la indisponibilidad del cuerpo humano y del estado civil.

Más tarde, la STEDH de 27 de enero de 2015: Asunto *Paradiso et Campanelli contra Italia*, también ratifica la doctrina sentada. El TEDH condenó al Gobierno italiano a indemnizar al matrimonio *Paradiso y Campanelli*, por cuanto había existido una vida familiar *de facto* entre los comitentes y el niño. Así, la decisión de las autoridades italianas de retirar

³³ BASTERRA HERNÁNDEZ, M.: “El contrato de trabajo frente a los tratamientos de reproducción asistida: la fecundación in vitro y la gestación subrogada”, op. cit., págs. 3 y ss., versión electrónica. Este autor hace un análisis sobre las principales dudas e interrogantes que surgen cuando un trabajador acude a estas técnicas reproductivas; muy especialmente en lo referido a los eventuales permisos o ausencias, la suspensión de su contrato de trabajo y la extinción contractual basada en tales causas.

³⁴ Véase POQUET CATALÁ, R.: “La prestación por maternidad en la gestación por sustitución”. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 198, 2017, pág.53.

³⁵ En estos dos Asuntos los hijos se habían desarrollado en el vientre de mujeres gestantes a partir del esperma de los padres comitentes y los óvulos de mujeres donantes.

a los padres comitentes la custodia del bebé, suponía una injerencia en los derechos garantizados en el art. 8 Convenio Europeo de Derechos Humanos. A tal efecto, el tribunal recuerda que la retirada del menor de su entorno familiar es una medida extrema a la que solo se debe acudir como último recurso y como respuesta a la necesidad de proteger al niño frente a una amenaza inmediata para él (maltrato físico o psicológico, abusos sexuales, desequilibrio psicológico de los padres, etc.). No obstante lo anterior, considerando que el niño había desarrollado un vínculo afectivo con la familia de acogida, el Tribunal no impone al Estado italiano la obligación de devolver al menor a los interesados.

Ahora bien, la doctrina expuesta ha sido rectificada por la Gran Sala. La STEDH de 24 de enero de 2017 revoca la anterior sentencia de 27 de enero de 2015. Ahora reconoce que las autoridades italianas tuvieron que hacer una difícil elección entre permitir a los padres comitentes continuar su relación con el niño o tomar medidas con el fin de proporcionar al niño una familia de conformidad con la legislación sobre adopción, el TEDH rectifica su criterio y concluye que no se ha producido una violación del artículo 8 del Convenio³⁶.

En el ámbito de la Unión Europea, la Doctrina del Tribunal de Justicia de la UE está reflejada en la STJUE de 18 de marzo de 2014 asunto C-167/2012³⁷, y en la STJUE de 18 de marzo de 2014 asunto C-363/2012³⁸.

El TJUE considera que la maternidad subrogada no puede equipararse a la maternidad biológica a efectos de reconocimiento de un permiso por paternidad pues ésta presupone un embarazo y un parto.

³⁶ Véase ARAGÓN GÓMEZ, C.: "La legalización de facto de la maternidad subrogada. A propósito de los recientes pronunciamientos de la sala de lo social del Tribunal Supremo con respecto a las prestaciones por maternidad", op. cit., págs. 26 y 27. El cambio de doctrina lo apoya el TEDH en varios argumentos: -El Convenio no reconoce el derecho a ser padres. -No existe un consenso entre los Estados miembros con respecto a los contratos de maternidad subrogada. -La legislación italiana, al prohibir una adopción privada basada en un acuerdo entre particulares, no pretende sino luchar contra prácticas ilícitas, algunas de las cuales pueden equivaler a la trata de personas. -Las medidas adoptadas por las autoridades italianas persiguieron el objetivo de prevenir el desorden y de proteger los derechos y libertades de los demás (especialmente el interés de las mujeres y de los niños). -Estos intereses públicos prevalecen sobre el deseo de ser padres. -Las medidas adoptadas por el Gobierno italiano radican en un claro interés por disuadir a los nacionales de recurrir al exterior para realizar prácticas que están prohibidas en el propio territorio. -El hecho de permitir que el niño se quede con los padres comitentes equivaldría a legalizar la situación creada por ellos, en violación de importantes normas del derecho italiano. -Aunque la terminación de la relación con el niño no es directamente imputable a los demandantes, si es consecuencia de la inseguridad jurídica que ellos mismos han creado al vulnerar la legislación italiana y venirse a vivir a Italia con el niño. -No había existido una vida familiar de facto, teniendo en cuenta la ausencia de vínculo biológico entre el niño y los padres de intención, la corta duración de la relación con el niño y la incertidumbre de los lazos desde una perspectiva jurídica.

³⁷ POLO SÁNCHEZ, M^a C.: «Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de marzo de 2014, asunto C-167/12, CD. La maternidad subrogada no es equiparable a la maternidad biológica al objeto de solicitar permisos por tal contingencia». *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 2, 2014

³⁸ TAPIA HERMIDA, A.: «En torno a la discriminación en la concesión de permisos por maternidad a madres subrogantes que han tenido un hijo gracias a un convenio por sustitución. Comentario a las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de marzo de 2014 – asuntos C-167/12 y C-363/12 →». *Revista de Trabajo y de Seguridad Social (CEF)*, n. 374, 2014. Se debe tener presente que las Sentencias resuelven dos cuestiones prejudiciales planteadas por Gran Bretaña e Irlanda sobre cómo debían interpretarse las Directivas 89/391/CEE, 2006/54/CE y 2000/78/CE.

El Tribunal deniega esta protección social apoyándose en: primero, entiende que el objetivo de la Directiva no lo es tanto la protección de la condición biológica de la mujer durante el embarazo y el puerperio, como la protección de las relaciones especiales entre la mujer y el hijo durante el período posterior al parto; deduciendo de esta finalidad que *«la atribución del permiso de maternidad con fundamento en el artículo 8 de la Directiva 92/85 requiere que la trabajadora que se beneficie de él haya estado embarazada y haya dado a luz al niño»*. Una madre subrogante no entra en el ámbito de aplicación del art. 8 Directiva 92/85, incluso aunque pueda amamantar al hijo tras su nacimiento, de tal forma que los Estados miembros no están obligados a conferir a dichas trabajadoras el permiso de maternidad. Segundo, el hecho de que la madre subrogante no tenga derecho al permiso no supone una violación del principio de no discriminación, ni directa, ni indirecta. Y tercero, asimismo rechaza que la negativa a la concesión del permiso por maternidad a una mujer que sufre incapacidad para engendrar hijos y acude a la gestación por sustitución sea una discriminación, pues si bien la Directiva 2000/78 no define que ha de entenderse por discapacidad, y dicho concepto debe configurarse en base a la Convención ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, firmada por la UE, llegando la sentencia a la conclusión de que la imposibilidad de gestar hijos es una discapacidad, en el sentido aplicable a la citada Directiva, y dicha discapacidad debe suponer un impedimento para la participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, por lo que la falta de capacidad para gestar 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»*. Es decir, que la afección que padece la madre subrogante no supone una discapacidad en el sentido de la Directiva 2000/78³⁹.

Además, hay que traer a colación que el Parlamento Europeo ha condenado expresamente este tipo de prácticas. Concretamente, la Resolución de 17 de diciembre de 2015 sobre los Derechos del hombre y la democracia sobre las políticas de la UE en esta materia, en el Capítulo dedicado a los derechos de las mujeres y los niños, señala que el Parlamento Europeo *«condena la práctica de la subrogación que socava la dignidad humana de la mujer dado que su cuerpo y sus funciones reproductivas son usadas como un “commodity”; considera que las prácticas de la subrogación gestacional que involucra la explotación reproductiva y el uso del cuerpo humano para ganancias financieras o de otro orden, en particular, en el caso de las mujeres más vulnerables en los países en desarrollo, debe ser prohibida y tratada como un asunto de urgencia en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos»* (parágrafo 115). El Parlamento Europeo hace una llamada de atención, se dirige a los países en los que estos negocios están permitidos, para que traten de acabar con estas prácticas⁴⁰.

³⁹ Así y un amplio estudio en POQUET CATALÁ, R.: “La prestación por maternidad en la gestación por sustitución”, op. cit., págs.57 y 58.

⁴⁰ SIRVENT HERNÁNDEZ, N.: “Gestación por sustitución y derecho a prestaciones de Seguridad Social. Razones para una regulación urgente”, op. cit., pág. 2, versión electrónica. El rechazo del Parlamento Europeo a estas prácticas se fundamenta en la vulneración que suponen a la dignidad de la mujer permitiendo la mercantilización de su cuerpo y de la función reproductiva, sobre todo, teniendo en cuenta la especial incidencia que este tipo de prácticas puede tener en las mujeres más vulnerables de países en desarrollo.

4.2. Doctrina Civil

Ahora, es preciso determinar en qué términos y condiciones puede producirse la inscripción en el Registro Civil español de la relación paterno-filial de los padres comitentes y los hijos nacidos en el extranjero a través de la gestación subrogada producida en un país que se admite⁴¹.

La DGRN ha sido siempre favorable, en base al principio general del interés superior del menor, a la posibilidad de inscribir, en nuestro Registro Civil, la filiación de menores nacidos en virtud de convenio de gestación por encargo realizado en país cuya legislación lo permita. Ahora bien, es preciso que los solicitantes sean declarados judicialmente como padres o madres y que conste la ruptura absoluta y definitiva del vínculo del menor con la mujer gestante⁴².

Frente a ello, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valencia de 15 de septiembre de 2010, la SAP de Valencia de 23 de noviembre de 2011⁴³ y la STS (Sala de lo Civil) de 6 de febrero de 2014⁴⁴ niegan que dicho principio fundamental pueda servir para lograr una tal inscripción, pues la satisfacción del interés superior del menor no puede conseguirse infringiendo la ley imperativa española como es el art. 10.1 Ley 14/2006.

La STS de 6 de febrero de 2014 (Sala 1ª) (rec. 835/2013), concluye sobre la pugna de dos padres para obtener la inscripción de dos niños, como hijos propios, en el Registro Civil español⁴⁵. Se trataba de un supuesto de maternidad subrogada, contrato celebrado en California, Estado en el que la maternidad por sustitución da lugar al establecimiento de vínculos legales de filiación entre los comitentes y el niño nacido de una tercera mujer, con independencia de que el nacido tenga o no material genético de tales comitentes. La Sentencia valora si procedería trasladar al Registro Civil español la inscripción del nacimiento de unos niños mellizos practicada por las autoridades del estado norteamericano de California, que fijaban la filiación a favor de un matrimonio homosexual de españoles que habían actuado como padres comitentes en un contrato de gestación por sustitución.

La citada sentencia desestima el recurso interpuesto por los padres comitentes, contra la resolución que estimando la demanda interpuesta por el Ministerio Fiscal contra la Resolución de 18 de febrero de 2009 de la DGRN declara que, por contravenir el art. 10 Ley 14/2006, la resolución decreta la inscripción en el Registro Civil español de los hijos de los

⁴¹ Una crítica y una amplia exposición en CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: «Gestación por sustitución y Derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos». Cuadernos de Derecho Transnacional, n. 2, 2015, págs. 45-113.

⁴² Un análisis práctico sobre las ocasiones en que la DGRN ha aceptado o denegado la inscripción de los recién nacidos en el Registro Civil en HIERRO HIERRO, F. J.: “Maternidad subrogada y prestaciones de Seguridad Social”. Revista Española de Derecho del Trabajo, n. 190, 2016, págs. 8 y 9, versión electrónica.

⁴³ Repárese que la mencionada sentencia resuelve el recurso planteado frente a la Sentencia 193/2010 del Juzgado de 1ª Instancia n.15 de Valencia de 15 de septiembre de 2010.

⁴⁴ ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: “Maternidad subrogada y prestaciones de maternidad y paternidad”. Revista de Derecho de la Seguridad Social, n. 8, 2016.

⁴⁵ CORDERO GORDILLO, V.: «La prestación por maternidad en los supuestos de gestación por sustitución». *Trabajo y Derecho*, n. 7-8, 2015, pág.2, versión electrónica. El Ato Tribunal afirma que el control de legalidad de la certificación registral extranjera no puede limitarse sólo a los aspectos formales.

demandados es contraria al orden público español, cancelando la inscripción correspondiente⁴⁶.

Para la Sala, en su fallo mayoritario, las normas aplicables a la gestación por sustitución forman parte del orden público internacional español. Y, para sostener esta afirmación, el TS se manifiesta con la máxima contundencia al aseverar que estas técnicas reproductivas «vulneran la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, cosificando a ambos, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de ciudadanía censitaria en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población». Todo ello lleva al TS a considerar que la decisión de la autoridad registral de California de reconocer la filiación a los españoles es contraria al orden público internacional español; pues conculca normas que regulan valores y principios constitucionales, como la dignidad de la persona, el respeto a su integridad moral y la protección de la infancia. Y es por ello que no cabe reconocer dicha decisión registral extranjera en lo que respecta a la filiación de los recién nacidos. Además, el TS aclara que su fallo no incurre en discriminación por razón de sexo u orientación sexual y que tampoco vulnera el principio del interés superior del menor. En relación a esto último, los padres intencionales apelaban a la situación de desprotección en que se dejaría a los menores de no inscribir su filiación en el Registro Civil español. El TS sostiene que la filiación de los menores no puede surgir de un contrato de gestación por sustitución, contrario a la Ley y el orden público, sino que la única respuesta válida frente a la situación planteada es acudir a las figuras legalmente reconocidas por nuestro ordenamiento jurídico, como la adopción o el acogimiento familiar. Además, si el padre comitente hubiese aportado su propio material genético, podrá reclamar que se reconozca su paternidad a todos los efectos; lo que, a su vez, abriría la puerta a que el cónyuge del reconocido padre biológico se convirtiese en padre adoptivo del menor sin necesidad siquiera de que mediase la ordinaria declaración de idoneidad por parte de la autoridad pública competente⁴⁷.

Tras las Sentencias *Mennesson* y *Labassee* del TEDH, la Dirección General de los Registros y del Notariado entiende que se ha producido un giro de ciento ochenta grados en el panorama jurisprudencial. Considera que ya no se debe tener presente la doctrina establecida en la STS de 6 de febrero de 2014. La DGRN dicta la Circular de 11 de julio de 2014, que declara plenamente vigente su Instrucción de 5 de octubre de 2010. En la citada

⁴⁶ Véase MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. y DE CASTRO MEJUTO, S. J.: «¿Mater semper certa est? La maternidad subrogada como situación generadora de derechos laborales. Pautas de urgencia para la solución de un intrincado litigio», op. cit., págs. 55 y ss. Afirman que nuestro Tribunal Supremo no considera viable, en atención al orden público que impera en nuestro ordenamiento, la ejecución de la decisión administrativa extranjera que decreta la inscripción de los hijos así nacidos con atribución de maternidad/paternidad a los padres comitentes, pero por el bien superior de los menores facilita la “reconversión” de la situación fáctica a una situación legalmente aceptable en nuestro país. Esta postura es compartida por estos autores plenamente y consideran que ha de iluminar cualquier decisión que se adopte en la jurisdicción social. Pues existiendo resortes legales para la solución del litigio carece de toda lógica buscar otras vías que colisionan frontalmente con nuestro sistema de Derecho.

⁴⁷ En el mismo sentido, BASTERRA HERNÁNDEZ, M.: “El contrato de trabajo frente a los tratamientos de reproducción asistida: la fecundación in vitro y la gestación subrogada”, op. cit., págs. 10 y 11, versión electrónica.

Instrucción, la DGRN, básicamente, permite la inscripción en el Registro Civil de los hijos nacidos mediante un contrato de gestación por sustitución siempre que se den tres requisitos: que el proceso reproductivo se haya desarrollado en un país cuya legislación lo permita, que al menos uno de los progenitores sea español y, sobre todo, que la filiación se derive de una resolución judicial firme dictada por el tribunal extranjero competente.

Por último, el Auto del TS de 2 de febrero de 2015 (dictado a raíz del incidente de nulidad presentado frente a la STS de 6 de febrero de 2014), rechazó la rectificación del criterio mantenido en dicha sentencia habida cuenta que, a su juicio, tiene presente el interés superior del menor. Y ello, sobre la base de que el ordenamiento español permite la determinación de la filiación paterna, así como la adopción y el acogimiento⁴⁸.

Como ha puesto de manifiesto la doctrina, por todo cuanto se ha visto, resulta evidente que la inscripción en el Registro Civil español de los hijos nacidos en el extranjero por gestación subrogada dista todavía mucho de ser una cuestión pacífica y resuelta, pese al convencimiento que muestra en su proceder la DGRN⁴⁹. Existe la posibilidad de que las resoluciones registrales que, en la práctica, están reconociendo la filiación de los hijos nacidos en el extranjero por gestación subrogada se impugnen y la Sala Primera del Tribunal Supremo las puede invalidar⁵⁰.

Las necesidades de la sociedad, el carácter abierto de la familia en nuestro ordenamiento, tantas veces proclamado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y la necesidad de un status civilis único para el niño nacido en un Estado con un sistema de filiación y llevado a otro Estado con un sistema radicado en principios opuestos, reclaman hoy que se abra un debate⁵¹.

4.3. Doctrina Laboral: Consolidación y firmeza de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo

4.3.1. Planteamiento y desarrollo del problema existente

Mientras que no esté regulado en nuestro ordenamiento jurídico el negocio gestacional, serán los Jueces y Tribunales quienes deban determinar su posible eficacia y sus pretendidas consecuencias jurídicas en España.

También en los tribunales del orden social ha sido muy discutida la cuestión sobre si los nacimientos de hijos de gestación por sustitución dan o no derecho a los permisos y prestaciones de Seguridad Social pertinentes (descanso por maternidad y prestación económica correspondiente).

⁴⁸ Interpretación criticada por SIRVENT HERNÁNDEZ, N.: “Gestación por sustitución y derecho a prestaciones de Seguridad Social. Razones para una regulación urgente”, op. cit., pág. 14, versión electrónica.

⁴⁹ BASTERRA HERNÁNDEZ, M.: “El contrato de trabajo frente a los tratamientos de reproducción asistida: la fecundación in vitro y la gestación subrogada”, op. cit., pág. 13, versión electrónica.

⁵⁰ ÁLVAREZ ALONSO, D.: “Maternidad”. En AA. VV., “Condiciones de Empleo y Relaciones de Trabajo en el Derecho de la Unión Europea. Un estudio de jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Coord. García Murcia, J. Thonson-Aranzadi, Pamplona, 2017.

⁵¹ Véase un comentario en ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L.: “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional”. Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 6, n. 2, 2014, págs. 5-49.

Las sentencias de las Salas de lo Social de los diferentes Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas han resuelto, en sentido contradictorio, si procede o no la prestación de maternidad en los supuestos de nacimientos derivados de convenio de gestación por sustitución realizado en país cuya legislación lo admita⁵². Hay que señalar que la mayoría de las sentencias han concedido la citada prestación⁵³.

En la actualidad ya se puede afirmar que existe una línea clara y consolidada sobre la resolución e interpretación de los principales problemas que en el ámbito laboral surgen cuando se produce la gestación por sustitución.

La SJS n.2 de Oviedo de 9 de abril de 2012 resolvió sobre el reconocimiento de la prestación de Seguridad Social en caso de maternidad. En primer lugar, recuerda que la finalidad de la prestación por maternidad es doble: atender a la salud de la mujer trabajadora en la fase de embarazo, parto y puerperio. Y además, atender los primeros cuidados del recién nacido. Es esta finalidad segunda la que prima más, en los últimos años. En segundo lugar, la maternidad por sustitución está prohibida en España, pero la prohibición no es motivo, para que no se le reconozca a la madre la prestación, porque en otras situaciones ilegales o irregulares, existe la protección del sistema para los afectados. Y por último, el Juzgado recurre al principio de igualdad para reconocer el derecho de la actora a disfrutar del permiso de maternidad. Si se reconoce que la maternidad por sustitución es equiparable a las demás situaciones de hecho protegidas, se atenta contra el principio de igualdad si se deniega la prestación⁵⁴.

Sin perjuicio del análisis detenido que seguidamente se realizará, hay que adelantar que ya en el año 2016 se observa una línea clara en el Tribunal Supremo que concede, a pesar de la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución, ciertos efectos a tal situación, en concreto en el marco de la prestación por maternidad⁵⁵.

⁵² Se pueden traer a colación varios de los pronunciamientos en los que se deniega el derecho a prestación por maternidad en supuestos de gestación por sustitución, entre otras, las SSTSJ Madrid de 7 de julio de 2014 y 5 de octubre de 2015; SSTSJ País Vasco de 13 de mayo de 2014 y 3 de mayo de 2016; STSJ Andalucía, Sevilla, de 4 de febrero de 2015. Véase CAVAS MARTÍNEZ, F.: «El derecho a la prestación por maternidad del padre que contrata en solitario un vientre de alquiler. Comentario a la Sentencia del Pleno de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, núm. 881/2016, de 25 de octubre (Rec. 3818/2015)». *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, n. 10, 2017, pág. 185.

⁵³ Son muy numerosas las Sentencias que se pueden citar en este sentido. Una reciente es la STSJ Baleares de 30 de enero de 2017 (sentencia n. 96/2017). Otras anteriores la STSJ Asturias de 20 de septiembre de 2012 y la STSJ Madrid de 13 de marzo de 2013 (sentencia n. 216/2013). Especial interés tiene consultarse las SSTSJ Murcia, de 3 de noviembre de 2014 y 30 de marzo de 2015, pues reconocen el derecho de la prestación por maternidad al padre biológico en un supuesto de gestación por sustitución en el que la madre es trabajadora por cuenta propia y pertenece a una mutualidad de previsión social que no contempla tal protección.

⁵⁴ En este sentido, HIERRO HIERRO («Gestación por sustitución y prestación de maternidad»). *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n. 6, 2012) apunta el recurso a la interpretación amplia y generosa de la referencia contenida en el artículo 2 RD 295/2009 que considera jurídicamente equiparables a las figuras de adopción y acogimiento preadoptivo, permanente o simple, a aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para aquéllas, cualquiera que sea sus denominación, lo habría de ser empleado también para los supuestos de filiación.

⁵⁵ SSTJ de 19 de octubre de 2016 (R.º 1650/2015), 25 de octubre de 2016 (R.º 3818/2015), 16 de noviembre de 2016 (R.º 3146/2014) y 30 de noviembre de 2016 (R.º 1307/2015). MERCADER UGUINA, J. R.: «La creación por el Tribunal Supremo de la prestación por maternidad subrogada: a propósito de las SSTJ de 25 de octubre de 2016 y de 16 de noviembre de 2016». *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, n.1, 2017.

4.3.2. Acceso a las prestaciones de la Seguridad Social de los padres subrogantes

El 29 de diciembre de 2016 se eleva consulta al Instituto Nacional de la Seguridad Social sobre derecho al subsidio por maternidad previsto en el art. 177 del texto refundido de la LGSS, en los supuestos de hijos nacidos por gestación por sustitución con arreglo a la legalidad vigente en un país extranjero.

La Entidad gestora asume la doctrina sentada en las Sentencias números 881/2016 y 953/2016 dictadas, en unificación de doctrina, por el Tribunal Supremo (TS), con fechas 25 de octubre y 16 de noviembre, respectivamente. Para ello es necesario dictar los criterios que permitan adaptar, sin perjuicio de posteriores adaptaciones, las vigentes previsiones normativas a las particularidades de los hijos nacidos por gestación por sustitución con arreglo a la legalidad vigente en un país extranjero, al tratarse de una situación que no está recogida entre las situaciones protegidas por la prestación por maternidad. Concretamente serán de aplicación, con la necesaria adaptación, los arts. 177 y ss. LGSS y el 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 natural⁵⁶.

La STS de 16 noviembre de 2016 (n. 953/2016), Ponente: Segoviano Astaburuaga. Reconoce la prestación por maternidad a trabajadora que es madre 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, en aplicación del artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, que invoca el interés superior del menor cuyo respeto ha de guiar cualquier decisión que les afecte, y de los artículos 14 y 39.2 de la Constitución, puesto que de no otorgarse la protección por maternidad se produciría una discriminación en el trato dispensado al hijo por razón de su filiación, y los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos⁵⁷.

La STS de 30 de noviembre de 2016 (RCUD 3183/2015), Ponente: Blasco Pellicer, con voto particular. Confirma el derecho a la prestación de maternidad del artículo 131 bis LGSS, en sustitución de la de paternidad reconocida por el INSS, al padre biológico de un hijo recién nacido en Illinois e inscrito como español en el registro consular de Chicago, en

⁵⁶ Consúltense la respuesta emitida por el INSS ante la Consulta 29/2016 (JUR\2017\9486). Se observa que las especialidades afectan a: Situación protegida; Inscripción de la filiación en el Registro Civil español; Beneficiario del subsidio; Hecho causante; Períodos mínimos de cotización; Prestación económica; Nacimiento, duración y extinción del subsidio; Internamiento hospitalario del recién nacido; no es aplicable la opción en favor de otro progenitor; Maternidad, incapacidad temporal y extinción del contrato; y Efectos económicos del derecho reconocido.

⁵⁷ Repárese que la Sentencia contiene un voto particular emitido por el Magistrado Excmo. Sr. D. José Manuel López García de la Serrana, y al que se adhieren los Magistrados Excmo. Sra. Doña María Milagros Calvo Ibarlucea, Excmo. Sr. D. José Luis Gilolmo López y Excmo. Sr. D. Jesús Souto Prieto. 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)”. *Revista Aranzadi digital*, n. 1/2017, pág.4.

virtud de la gestación por sustitución (“madre de alquiler”), que renuncia a la patria potestad, pese a la nulidad de pleno derecho de ese acuerdo de gestación⁵⁸.

Con fecha de 20 de febrero de 2017, la Subdirección General de Ordenación Jurídica, Instituto Nacional de la Seguridad Social, responde a la Consulta 4/2017, sobre subsidio por maternidad. Hijos nacidos por gestación por sustitución con arreglo a la legalidad vigente en un país extranjero. Ampliación de la Consulta 29/2016⁵⁹.

Tras la Consulta 4/2017 se aclara que: primero, en casos de gestación por sustitución en los que solo está determinada la filiación de uno de los progenitores, y en los que, aunque figure como progenitora la madre biológica, la misma ha renunciado válidamente al ejercicio de la patria potestad, el progenitor comitente que disfrute del permiso/subsidio por maternidad no podrá disfrutar además del permiso y correspondiente prestación por paternidad. Segundo, en los supuestos de gestación por sustitución en los que la filiación se determine a favor de dos progenitores comitentes será de aplicación la previsión del artículo 23.3 RD 295/2009 conforme a la cual, en caso de disfrute compartido de los períodos de descanso o permiso por maternidad, la condición de beneficiario del subsidio por paternidad es compatible con la percepción del subsidio por maternidad, siempre que el beneficiario cumpla todos los requisitos exigidos. Tercero, en los casos en los cuales inicialmente solo conste la filiación en favor de un progenitor comitente y posteriormente adopte al menor otra persona con la que aquél ya mantenía una relación conyugal o una relación de afectividad análoga a la conyugal, no cabe reconocer dos prestaciones por maternidad independientes, una en referencia al nacimiento y la otra a la adopción. Y por último, se señala que esta doctrina mantenida por el INSS será aplicada para resolver los expedientes que en la fecha de emisión de la primera de las sentencias se encontrasen en trámite en vía administrativa. También se tendrá presente en el caso de que con anterioridad a esa fecha hubiera sido denegada la prestación por maternidad y la resolución fuera firme en vía administrativa; si bien, la posibilidad de atender una eventual solicitud de revisión habrá de tener en cuenta ciertas instrucciones fijadas expresamente en la consulta.

El último pronunciamiento del Tribunal Supremo relevante desde el punto de vista aquí analizado ha sido en la STS de 22 de noviembre de 2017, Sala de lo Social (Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina 1504/16, Ponente: Moralo Gallego, S., desestimando el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, confirma el derecho de una trabajadora a prestación por maternidad derivada de un contrato de gestación por sustitución⁶⁰.

⁵⁸ Véase VICENTE PALACIO, M. A.: “Cambios sociales y prestación económica de maternidad (Sobre la maternidad subrogada)”. Revista de Derecho de la Seguridad Social, n. 12, 2017, págs. 125 y ss.

⁵⁹ Hay que tener presente que también la Consulta 4/2017 se ha visto ampliada el 07/03/2017. En la ampliación se puntualiza el tratamiento que merecen aquellos casos en que el nacimiento mediante gestación por sustitución se hubiera producido antes de que la Entidad gestora asumiera la jurisprudencia del Tribunal Supremo a que se refiere la Consulta 29/16 en los que, por esa razón, no se hubiera reconocido al progenitor comitente, único respecto del que inicialmente se determinó la filiación, derecho a prestación por maternidad por período alguno. En estos casos, y con carácter excepcional, resultará posible reconocer la prestación por maternidad a la persona que mantenía con el comitente una relación conyugal o análoga, que adopta al menor.

⁶⁰ Confirma la STSJ de Cataluña de 11 de febrero de 2016 (rec. 6519/15) y la SJS n.33 de Barcelona de 24 de julio de 2015, recaída en autos n. 1089/2014.

Del caso analizado en la sentencia hay que tener presente los hechos más relevantes. Primero, D^a Asunción solicitó prestación de maternidad por el nacimiento de dos hijos gemelos, consecuencia de un contrato de gestación por sustitución. Este contrato se formalizó en California (EE. UU.) y validado por sentencia de la Corte Superior de Californiana, que declaró la maternidad de D^a Asunción una vez producido el nacimiento, previa renuncia a la paternidad y maternidad de los padres biológicos. Segundo, el Registro Civil del consulado español en los Ángeles, California, inscribió el nacimiento, especificando como única filiación a D^a Asunción como madre. Tercero, en España el INSS denegó la prestación por maternidad, argumentando que la normativa sobre técnicas de reproducción humana asistida declara nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación por sustitución. Cuarto, tanto el Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona como el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña reconocieron el derecho a la prestación por maternidad.

Al resolver el Recurso de Casación para Unificación de Doctrina el Tribunal Supremo en esta ocasión (Sentencia de 22 de noviembre de 2017)⁶¹ sigue la doctrina establecida sobre la materia, así en la STS de 25 de octubre de 2016 (rec. 3818/15) y la STS de 16 noviembre de 2016 (rec. 3183/15), y reiterada en dos resoluciones posteriores (SSTS de 30 de noviembre de 2016 (rec. 3129/15 y 3183/15).

Confirma el Alto Tribunal el derecho de D^a Asunción a la prestación por maternidad. Los argumentos de la sala son varios, algunos de ellos ya analizados. Se traen a colación: Primero: La nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución, establecida en el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, no supone que al menor que nace en esas circunstancias se le priven de determinados derechos. Hay que distinguir dos planos perfectamente diferenciados, a saber, el atinente al contrato de gestación por sustitución y su nulidad legalmente establecida y la situación de los menores, al que no puede perjudicar la nulidad del contrato. Segundo: Para la interpretación de la normativa sobre protección de la maternidad debe tenerse en cuenta lo declarado por jurisprudencia civil (STS de 6 de febrero de 2014, Rec. Casación 245/2012), según la cual «la cláusula general del interés superior del menor, contenida en la legislación, no permite al juez alcanzar cualquier resultado en la aplicación de la misma, sino que su aplicación ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma». Tercero: cuando los menores forman un núcleo familiar con la madre subrogada, que les presta atención y cuidados parentales y tiene relaciones familiares "de facto", debe protegerse este vínculo, siendo un instrumento idóneo para ello la prestación por maternidad. Cuarto: De no otorgarse la protección por maternidad –atendiendo a la doble finalidad que tiene, tal y como se consigna en el argumento sexto– al menor nacido tras un contrato de gestación por subrogación, se produciría una discriminación en el trato dispensado a éste, por razón de su filiación, contraviniendo lo establecido en los artículos 14 y 39.2 de la Constitución. Y quinto: Tanto la suspensión del contrato por maternidad como la prestación por maternidad tienen una doble finalidad: «atender a la recuperación, seguridad y salud de la madre» y «proteger las especiales relaciones entre la madre y su hijo durante el período posterior al nacimiento del menor».

⁶¹ Repárese que esta última Sentencia no tiene votos particulares, a diferencia de lo que venía siendo habitual.

Los puntos clave de la doctrina sentada, por la Sala de lo Social, del Tribunal Supremo son: En primer lugar, la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución no puede suponer que al menor nacido se le prive de derechos, pues hay que diferenciar entre la nulidad del contrato de gestación, establecida en el ordenamiento jurídico español, y la situación en que se encuentra el menor nacido, cuyos derechos no pueden verse perjudicados por dicha nulidad. Se refrenda la validez de la inscripción de la filiación, tanto derivada de una sentencia extranjera firme como de una certificación registral extranjera. Se admite que la condición de progenitor no es solo biológica sino que también puede proceder de la inscripción en el Registro Civil de una filiación derivada de negocio gestacional. En segundo lugar, el superior interés del menor y la potenciación de los vínculos familiares. Y ello por cuanto el interés superior del menor debe ser valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernen, tanto en el ámbito público como privado, otorgando una protección jurídica que haga posible la integración del niño en su familia, aunque se trate de relaciones familiares "de facto", entre el menor y los padres comitentes de un contrato de gestación subrogada. En tercer lugar, la protección integral de la familia y de los hijos, y de no discriminación ya que de no otorgarse la protección por maternidad, en los casos de menor nacido tras un contrato de gestación por subrogación, se estaría produciendo una discriminación en el trato dispensado, por razón de su filiación. Y por último, la aplicación analógica de los supuestos de adopción o acogimiento, respecto del acceso a las prestaciones por maternidad. Pues la cobertura de los ordenamientos laboral y de Seguridad Social, en relación con la maternidad comprende no solo el supuesto de maternidad biológica, ya que el período de descanso de 16 semanas se reconoce también en los supuestos de adopción o acogimiento familiar, aunque no haya que proteger la salud de la madre, en orden a permitir el desarrollo de las especiales relaciones entre la madre (padre) y su hijo, durante el periodo posterior al nacimiento del menor. Y esas relaciones entre los nuevos familiares y el menor se producen también en los supuestos de nacimiento por maternidad subrogada, por lo que estas situaciones han de ser debidamente protegidas, en la misma forma que lo son los supuestos de adopción y acogimiento, considerando, también, que la propia normativa de la Seguridad Social considera jurídicamente equiparables a la adopción y/o al acogimiento.

La solución alcanzada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en esta compleja y polémica materia es innovadora y claramente protectora del menor. Todo ello, cuando la técnica de la maternidad subrogada está prohibida en nuestro país y, además, su posible regulación no es fácil, pues está sujeta a un importante debate social, entre otros, con posiciones claramente enfrentadas⁶².

5. CONCLUSIONES

La gestación por sustitución constituye una técnica de reproducción humana asistida que suscita encontrados y enconados debates éticos, morales, médicos, filosóficos, económicos y jurídicos. Esta técnica no sólo plantea interrogantes jurídicos en sí misma, sino que cuestiona, indica G. Cassano, el verdadero concepto de "familia" desde el punto de vista social, moral y legal. No se trata de un conjunto nuevo de problemas, pues ya desde hace

⁶² En este sentido también se ha manifestado, GALA DURÁN, C.: "Las novedades en el ámbito del permiso por paternidad y la prestación de maternidad subrogada". Editorial Aranzadi, La Administración Práctica, n. 4, 2017, pág.6, versión electrónica.

décadas estos casos eran conocidos. Y también ya desde hace años la doctrina ha reflexionado sobre los aspectos legales de la gestación por sustitución. Sin embargo, en fechas recientes se han multiplicado las opiniones y los estudios de todo tipo sobre esta técnica, con ocasión de diversos casos que han sido resueltos por tribunales y órganos registrales españoles, extranjeros e internacionales⁶³.

Como se ha querido dejar constancia y se puede observar en los apartados anteriores, se está en presencia de un tema interdisciplinar. La figura de la gestación por sustitución, gestación subrogada o maternidad subrogada, que son las tres denominaciones más utilizadas por la doctrina y más oportunas, produce efectos desde el punto de vista jurídico, al menos, del Derecho Civil, del Derecho Internacional Privado y del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

La filiación determinada en el extranjero tras una gestación por sustitución suscita la cuestión de sus efectos legales en España. Se trata de una cuestión tanto técnica como valorativa en la que se han visto implicados la DRGN, los tribunales de justicia y, en especial, el Tribunal Supremo así como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El centro de la polémica real estriba en el alcance de la excepción de orden público internacional en relación con las certificaciones o sentencias extranjeras⁶⁴.

La gestación por sustitución al tratarse de una situación nueva, no regulada, ha dejado a los padres a través de este método de reproducción asistida fuera de la cobertura prestacional que el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ofrece a los trabajadores que son padres biológicos, adoptivos o de acogida, todo ello aunque son iguales las necesidades surgidas tras la llegada de un nuevo miembro a la familia, independientemente de cómo ésta se haya producido.

La gestación por sustitución, hasta ahora solo “afrontada” por la Administración y los Tribunales, está generando importantes controversias. Por eso conviene reparar en los aspectos más importantes de esta forma de maternidad y paternidad como generadora de derechos de conciliación en el ámbito laboral y, consecuentemente, de prestaciones sociales. No obstante, su dudosa legalidad exige un cambio legislativo profundo y sosegado, en todos los ámbitos, pues se corre el riesgo de que la equivalencia con figuras ya reguladas provoque nuevas e importantes incertidumbres jurídicas que lejos de solucionar estas situaciones, las empeoren.

⁶³ Así lo han puesto de manifiesto CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: «Gestación por sustitución y Derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», op. cit., págs. 46 y 47.

⁶⁴ CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ («Gestación por sustitución y Derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», op. cit., pág. 45) consideran que mientras que el TS emplea un orden público antiguo anclado en la férrea defensa de la legalidad española y del modelo español de filiación considerado en abstracto, el TEDH se mueve en una dimensión totalmente diferente. El TEDH sí que ha defendido los derechos individuales y no la autoridad de la Ley. El TEDH sí que ha apostado por el interés del menor y ha dejado claro que la intervención del orden público internacional frente a las decisiones extranjeras relativas a la filiación de los menores nacidos tras una gestación por sustitución debe ser razonada y proporcionada. Sólo de ese modo se protege el derecho a la vida privada y a la identidad personal transfronteriza de los menores.

Han existido años de incertidumbre e inseguridad jurídica al respecto, donde el INSS negaba la concesión a los padres comitentes las prestaciones por maternidad y paternidad, y también resoluciones contrapuestas en función del Tribunal Superior de Justicia competente al resolver los recursos de suplicación. Pero tras la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, dictada en Unificación de Doctrina, siguiendo las pautas establecidas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y priorizando el interés superior del menor, se concede a los padres comitentes los permisos y prestaciones reconocidos por la ley a los padres biológicos, adoptivos y de acogida. En el ámbito laboral y de la Seguridad Social, la doctrina es clara al respecto.

Cabe recordar que hasta el momento no se ha modificado la normativa, tanto respecto del personal laboral como del personal funcionario, que regula la prestación por maternidad. Si bien, alguna Comunidad Autónoma ha optado ya por extenderlo al haber dictado una Instrucción reconociendo expresamente a favor de su personal el derecho al permiso por maternidad en el supuesto de gestación subrogada⁶⁵.

En España se reconocen las prestaciones de maternidad previstas en el art. 177 y ss. LGSS, a un padre que había concertado una maternidad subrogada. Los argumentos han sido que dichas prestaciones no se limitan a la recuperación de la mujer tras el parto sino en la inserción de los menores en el núcleo familiar, dando igual si ha nacido de forma natural, por reproducción asistida, gestación subrogada o adopción o acogimiento familiar. Otro argumento ha sido el principio de protección integral e igualdad de los hijos ante la ley con independencia de su filiación, contenido en el art. 39.2 CE.

Pero ello está dando lugar a que en la práctica se traten de forma desigual, sin ninguna justificación: Primero, los casos de contratos de gestación por sustitución celebrados por españoles en países donde tales contratos son legales y que, una vez obtenida la filiación por parte de los sujetos comitentes, éstos regresan a España y obtienen las prestaciones de maternidad. Y segundo, los otros celebrados en España, donde está prohibido dicho contrato, y además pueden incurrir en responsabilidad penal.

Y ahora..., ya en la primavera de 2018, sigue existiendo la necesidad de emprender una reforma urgente de esta materia que sea capaz de conciliar todos los derechos e intereses en conflicto. En definitiva, la dignidad de la madre gestante; los intereses de los menores que nacen fruto de estas prácticas y que pueden verse discriminados por razón de su nacimiento; y el deseo de ser padres en relación con los sujetos comitentes.

⁶⁵ Véase GALA DURÁN, C.: "Las novedades en el ámbito del permiso por paternidad y la prestación de maternidad subrogada", op. cit., pág.6, versión electrónica.