

La protección jurídico-laboral de maternidad ante la “gestación subrogada” y tutela integral de los hijos: antecedentes, estado de la cuestión y perspectivas

The legal and occupational protection of motherhood in the case of “surrogate pregnancies” and the comprehensive guardianship of children: background, state of the matter and outlooks

SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO

CATEDRÁTICA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD
UNIVERSIDAD DE LEÓN

Resumen

A la luz del ordenamiento jurídico español, la “maternidad subrogada” (entendida como aquella situación en la que una mujer lleva a cabo una gestación mediante técnicas asistidas, asumiendo la obligación de entregar, de forma onerosa o lucrativa, al nacido a otro u otros contratantes, que pueden ser personas individuales, parejas de hecho o matrimonios homosexuales o heterosexuales, quienes a su vez pueden haber aportado o no sus gametos) conlleva la nulidad del contrato suscrito. Pese a la claridad de estos términos, el problema que ha venido planteándose radica en qué filiación cabe atribuir a los menores nacidos de padres españoles en aquellos países que sí admiten esta figura y, como derivada, si la determinación de la filiación conlleva la posibilidad de disfrutar de las prestaciones económicas de maternidad y paternidad por los progenitores intencionales. Tal interrogante ha desencadenado un cuerpo de doctrina administrativa y judicial plagada de severas oscilaciones, apostando, al final, por una respuesta a favor de la cobertura protectora en interés del menor.

Abstract

In the eyes of the Spanish legal system, “surrogate motherhood” (understood as a situation in which a woman becomes pregnant using assisted techniques, taking on the obligation to hand over, for a payment, the newborn to one or more contracting parties, who may be individual persons, unmarried couples or homosexual or heterosexual spouses, who in turn may or may not have contributed their gametes) entails the nullity of the contract signed. Despite the clarity of these terms, the problem which has arisen in the filiation of children born to Spanish parents in countries which do admit this figure and, as a result, whether the determination of filiation entails the possibility of enjoying the economic benefits of maternity and paternity for the intentional parents. This question has triggered a whole set of administrative and legal doctrines plagued by severe fluctuations, ultimately deciding on a response in favour of protective coverage in the child's interest.

Palabras clave

prestación de Seguridad Social por maternidad; reproducción asistida; madre gestante; padres intencionales; interés superior del menor

Keywords

Social security benefit for maternity; assisted reproduction; pregnant mother; intentional parents; best interest of the child

1. PLANTEAMIENTO. LA MATERNIDAD SUBROGADA TRANSFRONTERIZA Y SUS EFECTOS INTERNOS.

La protección pública de la maternidad constituye una de las preocupaciones centrales del Derecho Social en cuanto elemento de gran importancia en el desarrollo de la personalidad, piedra angular de la evolución de la pirámide poblacional y destacado condicionante de la inserción y mantenimiento en el mercado de trabajo. Y lo ha sido así desde los orígenes de las propias normas laborales, tanto en el ámbito internacional como en

los Derechos nacionales, que han permitido establecer, dentro de una continua evolución, un conjunto de garantías extendidas progresivamente más allá del elemento primario de carácter biológico, centrado en un inicio en un estado que incidía en la salud de la mujer trabajadora y que exigía una tutela tanto en la vertiente contractual (suspensión del contrato de trabajo o de la relación de servicios profesionales), como en la esfera de la Seguridad Social (auxilio económico compensador de la pérdida de ingresos), para pasar, no sin dificultades, a aglutinar el principio de corresponsabilidad en las cargas familiares como mecanismo idóneo capaz de propiciar el parámetro de igualdad por razón de género en el marco de las nuevas estructuras familiares¹.

Cuando en 1978, el legislador constitucional encomendaba de modo directo a los poderes públicos la “protección social, económica y jurídica de la familia” (art. 39.1) y “de los hijos” (art. 39.2), seguramente no podría aventurar el profundo cambio sufrido por las estructuras familiares y ni siquiera atisbar las renovadas formas de relaciones paterno filiales surgidas en las últimas décadas. Junto a la importancia creciente de vínculos monoparentales compuestos por un solo progenitor –varón o, normalmente, mujer– y sus descendientes, los matrimonios homosexuales, las custodias compartidas (esto es, padre y madre separados o divorciados que de forma intermitente conviven con el menor en períodos semanales, quincenales o mensuales), la fecundación artificial de fémimas en solitario o las adopciones de menores por un solo individuo, cabe hacer referencia también, dentro de este elenco no exhaustivo de supuestos novedosos, a la denominada “maternidad subrogada”, entendida como aquella situación en la que una mujer lleva a cabo una gestación mediante técnicas asistidas (pudiendo o no aportar sus óvulos), asumiendo la obligación de entregar, de forma gratuita o lucrativa, al nacido a otro u otros contratantes, que pueden ser personas individuales, parejas de hecho o matrimonios homosexuales o heterosexuales, quienes a su vez pueden haber proporcionado o no sus gametos².

Nos encontramos, por tanto, ante un contrato. que puede ser retribuido u oneroso, compuesto por dos partes claramente diferenciadas: por un lado, la parte comitente, esto es, la persona que confía la gestación, esto es, quien encomienda a una mujer la labor de gestar al niño/a (matrimonio o pareja de hecho del mismo o distinto sexo o una persona en solitario); por otro, la parte gestante, esto es, la mujer que se compromete a llevar a término el embarazo, dar a luz y entregar al niño/a cuando nazca, renunciando a cualquier derecho derivado de la maternidad³.

En todo caso, supone que una madre biológica rehúsa a la maternidad para entregar al hijo a un tercero (persona en solitario o pareja heterosexual u homosexual) y constituye una expresión sinónima de otras utilizadas para referir el mismo fenómeno, cual pudiera ser la de “gestación por sustitución” o la de “vientres de alquiler”, denominación esta última más ofensiva y vejatoria en cuanto que denigraría no sólo a la mujer que se ofrece a gestar, sino

¹ MONEREO PÉREZ, J.L. y LÓPEZ INSÚA, B.: “La renovada tutela social de la maternidad en el marco de los derechos de conciliación”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 43, 2016.

² VILAR GONZÁLEZ, S.: “Situación actual de la gestación por sustitución”, *Revista de Derecho de la UNED*, núm. 14, 2014, pág. 900 y OLARTE ENCABO, S.: “La protección social por maternidad en los supuestos de gestación subrogada: ¿la antesala de un cambio jurisprudencial? A propósito de la STSJ País Vasco (social) de 13 de mayo de 2014”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 2, 2015, pág. 130.

³ DELGADO SÁNCHEZ, A.: “Regulación y análisis de la gestación por sustitución en España”, *Diario La Ley*, núm. 9099, 2017, pág. 2.

también al hijo nacido por esa técnica, involucrados ambos en un proceso mecánico de desarrollo del material genético ajeno, llegando a parecerse al arrendamiento de una “vasija humana” desde una profunda asimetría económica entre los contratantes⁴. El término “gestación subrogada” resulta, por tanto, mucho más respetuoso en apariencia, no en vano aunque la gestante no es reconocida como madre, permite conseguir la filiación jurídica en el marco de una institución familiar conjugada en plural dadas las variadas formas contemporáneas de expresión⁵, muy alejadas de las tradicionales ancladas en la filiación por naturaleza o adopción, máxime cuando la legislación vigente en España otorga los mismos derechos a todos los hijos, garantizándose el cumplimiento de lo proclamado en los arts. 14 y 39 de la Constitución, aunque el contrato de maternidad subrogada, por esencia, implique la abdicación automática de la mujer gestante a cualquier pretendido derecho que le pudiera corresponder respecto al nacido⁶.

Dada la múltiple combinación de las distintas variables apuntadas en relación al origen de los materiales genéticos, puede existir mayor o menor conexión biológica con la madre gestante, con la mujer o con el varón subrogados, o incluso, en el caso más extremo, no concurrir aporte orgánico de ninguno de ellos, pero cabe extraer una nota común: la ruptura absoluta y definitiva del vínculo del menor con la madre gestante provoca, a la luz de nuestro ordenamiento, una clara consecuencia, cual es la nulidad del contrato de gestación por sustitución y la determinación de la filiación materna a favor de la mujer que ha dado a luz, sin perjuicio de la posible acción de reclamación de la paternidad del padre biológico o de una solicitud de adopción⁷.

Pese a la claridad de esta consecuencia en España, el problema que ha venido planteándose es qué filiación cabe atribuir a los menores nacidos de padres españoles en aquellos países que sí admiten la maternidad por subrogación y, como derivada, si la determinación de la filiación a favor de los subrogantes conlleva la posibilidad de disfrutar de la prestación económica por maternidad y otros derechos de conciliación de la vida laboral y familiar por los padres intencionales como reducciones de jornada o excedencias⁸.

⁴ PULEO, A.H.: “Nuevas formas de desigualdad en un mundo globalizado: el alquiler de úteros como extractivismo”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 29, 2017, págs. 165 y ss.

⁵ LÓPEZ INSÚA, B.: “Maternidad subrogada y protección del menor desde una perspectiva integradora: el derecho laboral de nuevo a examen”, *Revista Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 2, 2017, pág. 175.

⁶ SELMA PENALVA, A.: “Vientres de alquiler y prestaciones por maternidad”, *Aranzadi Social*, núm. 9, 2013, págs. 241-242.

⁷ VICENTE PALACIO, A.: “Cambios sociales y prestación económica por maternidad (sobre la maternidad subrogada)”, *Revista de Seguridad Social*, núm. 12, 2017, pág. 126.

⁸ Países de nuestro entorno cuentan con una regulación similar a la española. Así, en Francia, la maternidad subrogada está prohibida en el propio CC y también por la Ley 94-653, de 29 de julio de 1994, sobre el respeto al cuerpo humano, que prohíbe, asimismo, la donación de óvulos y embriones. En Suiza, el art. 119.2 d) Constitución Federal y el art. 4 Ley Federal sobre procreación mecánicamente asistida, de 18 de diciembre de 1998, establecen la nulidad de estos negocios jurídicos. Igualmente, en Alemania también se contempla la prohibición y nulidad de la gestación por sustitución conforme a la Ley de protección del embrión 745/1990, de 13 de diciembre. Asimismo, se prohíbe en Austria, Noruega, Suecia, Malta, Hungría, Islandia, Japón, China o Argentina. DELGADO SÁNCHEZ, A.: “Regulación y análisis de la gestación por sustitución en España”, *Diario La Ley*, núm. 9099, 2017, pág. 13 ó GARCÍA VALVERDE, M.D.: “Gestación por sustitución. Necesidad de una respuesta jurídica a una realidad social”, *Derecho de la Seguridad Social*, núm. 16, 2018, pág. 110.

Es más, no se trata de un problema aislado o meramente episódico sino que la gestación por sustitución se está convirtiendo en una técnica de reproducción asistida en expansión utilizada frecuentemente por ciudadanos españoles más allá de nuestras fronteras y gestionada por agencias especializadas⁹. Sirva como dato que es legal en varios Estados de Estados Unidos (Florida, Minnesota o California), en Rusia, Ucrania, Georgia, Kazajistán, Sudáfrica, algunos Estados de México, India, Nepal, Canadá, Israel, Grecia, Holanda, Dinamarca, Bélgica, Reino Unido, Brasil, Australia o Portugal¹⁰, si bien en este último país el Tribunal Constitucional en sentencia número 225/2018, de 24 de abril ha declarado la inconstitucionalidad de la legislación sobre gestación por sustitución, entendiéndose necesario salvaguardar la revocabilidad del consentimiento prestado hasta el momento de entrega del nacido¹¹.

Este dispar tratamiento jurídico ha motivado una recurrente controversia, sobre todo, a la hora de dilucidar si cabe otorgar eficacia en nuestro país 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 de todos sus derechos ligados a tal condición, y, como consecuencia de ello, determinar, como ya consta, si tales situaciones pueden dar lugar al descanso por maternidad y a las prestaciones correspondientes en el ámbito de la Seguridad Social.

2. LA ELUSIÓN DE UN MARCO NORMATIVO NACIONAL PROHIBITIVO. AVANCES Y RETROCESOS EN LAS DECISIONES ADMINISTRATIVAS Y JUDICIALES EN CUANTO AL RECONOCIMIENTO DE LA FILIACIÓN

El art. 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, califica como nulo de pleno derecho el negocio en virtud del cual “se concierta la gestación (con o sin precio) a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor de un contratante o de un tercero”. Los apartados 2 y 3 de este precepto añaden que “la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”, quedando “a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico conforme a las reglas generales”. Todo ello en sintonía con el art. 1271 CC, en virtud del cual la persona humana no puede ser objeto del comercio de los hombres. Es más, el art. 221 del Código Penal considera delictivos aquellos hechos en los que “mediando compensación económica”, se entregue a otra persona o se reciba “un hijo... eludiendo los

⁹ AZNAR DOMINGO, A. y DELGADO GÓMEZ, A.: “Regulación y análisis de la gestación por sustitución en España”, *Diario La Ley*, núm. 9099, 2017, pág. 5.

¹⁰ ESCRIBANO VINDEL, C.: “La gestación por sustitución y las prestaciones de Seguridad Social (maternidad y paternidad)”, *Revista Técnico Laboral*, núm. 149, 2016, págs. 6 a 8. No obstante, algunos de ellos, están pasando de la permisividad a la prohibición o limitación, como es el caso del Gobierno de India, que anunció a finales de octubre de 2015 que limitaba la posibilidad de tener hijos a través de esta técnica de reproducción “solo a los matrimonios indios infértiles, y no a extranjeros” (también a personas solas y parejas de homosexuales), recogiendo una iniciativa legislativa popular en la que se rechazaba la imagen que se tiene de India como “fábrica de bebés”. Como industria que es, además de generar “mercados negros”, puede trasladar de inmediato sus “fábricas a otros países más permisivos, como sucedió con Camboya, que (como Tailandia) también acaba de prohibir, por orden ministerial, la gestación subrogada. MOLINA NAVARRETE, C.: “Prohibida la ‘nacional’, ¿protegemos la ‘gestación/maternidad subrogada internacional’ con prestaciones sociales?”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 406, 2017, pág. 208.

¹¹ VELA SÁNCHEZ, A.J.: “Y el sueño se convirtió en pesadilla: el Tribunal Constitucional portugués declara la inconstitucionalidad de la legislación sobre gestación por sustitución”, *Diario La Ley*, núm. 9237, 2018, págs. 1 y ss.

procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación”.

Aun cuando puede observarse con claridad que el art. 10 Ley 14/2006 establece con absoluta perspicuidad cómo el contrato de gestación por sustitución será nulo, adquiriendo la condición de madre quien ha dado a luz, lo cierto es que nada impide que los padres intencionales acudan a un país extranjero donde está reconocida la posibilidad de la gestación por sustitución para formalizar el contrato. A partir de ahí, atendiendo a la normativa del Estado de destino se declarará la relación de filiación por las autoridades respectivas a favor de los padres subrogantes, debiendo proceder después, y aquí es donde surgen las dificultades, a la inscripción en el registro civil español en tales términos, trámite necesario para poder acceder al territorio nacional, previa obtención del pasaporte, y para disfrutar de los derechos inherentes a esa maternidad lógicamente también desde el punto de vista laboral¹².

En la observancia de este íter, ha surgido un cuerpo de doctrina administrativa y judicial plagada de severas oscilaciones. Como no podía ser de otra manera y teniendo en cuenta que según la Ley 14/2006 es el hecho físico del parto lo que determina la filiación del nacido, la Sala Primera del Tribunal Supremo en sentencia de 6 de febrero de 2014 ha considerado que las normas civiles españolas que declaran nulo el contrato de maternidad por subrogación impiden que puedan inscribirse como hijos de quienes han recurrido a esa técnica a los habidos en un tercer Estado, aunque exista resolución judicial extranjera (o equivalente) que así lo manifieste; de hecho, si los menores poseen relaciones familiares *de facto* con los padres intencionales debe partirse de tal dato y permitir el desarrollo y la protección de esos vínculos, pues en modo alguno está avalando el apartamiento de un menor respecto de quienes en realidad actúan como sus padres, pero siempre acudiendo a las posibilidades que otorga el ordenamiento jurídico, esto es, la adopción de los menores, el acogimiento o la indagación de la paternidad biológica si el padre hubiera aportado material genético, que mitigan el eventual desamparo en que puedan encontrarse al impedir su acceso al registro civil como hijos de los padres subrogados¹³. En definitiva, según esta doctrina, la maternidad por sustitución “es contraria al orden público internacional español por resultar incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares, en concreto de la filiación, inspiradas en los valores constitucionales de dignidad de la persona, respeto a su integridad moral y protección de la infancia”¹⁴.

Sin embargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en dos sentencias de 26 de junio de 2014¹⁵, declaró que violaba el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos no reconocer la relación de filiación entre los niños nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución y los progenitores que habían acudido al convenio gestacional en un país cuya legislación, aplicable al caso según las normas de conflicto correspondientes, admitía la legalidad de la filiación declarada mediante sentencia judicial.

¹² GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “La prestación por maternidad en los casos de gestación por sustitución o maternidad subrogada (vientres de alquiler)”, *Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2017 (BIB 2017/1057), pág. 3.

¹³ STS, Civil, 6 febrero 2014 (rec. 245/2012) y ATS, Civil, 2 febrero 2015 (rec. 245/2012).

¹⁴ Un excelente comentario en ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A. y CARRIZO AGUADO, D.: “Tratamiento legal del contrato de gestación por sustitución en el Derecho Internacional Privado español a la luz de la STS de 6 de febrero de 2014. Dime niño ¿de quién eres?”, *La notaría, Boletín*, núm. 2, 2014, págs. 59-75.

¹⁵ Asuntos 65192/11 *Mennesson c. Francia* y 65194/11 *Labasse c. Francia*.

En consecuencia, al calor de estas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por Oficio de 11 de julio de 2014, la Dirección General de Registros y del Notariado hace abstracción de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 y mantiene la vigencia de la Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución donde al menos uno de los progenitores sea español, a través de la cual se otorga validez y eficacia plena, siempre y cuando cumplan unas determinadas cautelas, a las inscripciones registrales llevadas a cabo en países que permiten el registro originario como progenitores de personas que acudieron a la contratación de una madre de alquiler, por lo que aunque esta práctica en España es ilegal, lo cierto es que al sistema patrio le llega como hecho indubitado la filiación de los menores¹⁶. A juicio de la citada Dirección General, el interés superior del menor exige que su estado civil quede acreditado con independencia de la valoración que merezca la actuación de los padres por recurrir a la gestación por sustitución en un país extranjero que lo permite, si bien en ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido una mera certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante¹⁷. Exige una resolución judicial del tribunal extranjero competente que determine la filiación en favor de los padres de intención, distinguiendo en función de si la resolución deriva de la jurisdicción contenciosa o de la voluntaria. En el primer caso, es preciso instar el exequátur de la decisión ante los Juzgados de primera instancia, mientras en el segundo, el encargado del registro debe controlar incidentalmente, como requisito previo a su inscripción, si la resolución puede ser reconocida en España. A tal efecto, debe constatar que no se ha vulnerado el interés superior del menor y que la madre gestante tiene capacidad natural suficiente y ha prestado su consentimiento de forma libre y voluntaria y de manera irrevocable¹⁸.

El requisito previo para la inscripción es, por tanto, la presentación ante el encargado del registro civil de una resolución judicial dictada por el Tribunal competente en el país de origen, cuya finalidad no es sino la de controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato respecto del marco legal del Estado donde se ha formalizado, así como la protección de los intereses del menor y de la madre gestante. En especial, permite constatar la plena capacidad jurídica y de obrar de la mujer que da a luz, la eficacia legal del consentimiento prestado por no haber incurrido en error sobre las consecuencias y alcance del mismo, ni haber sido sometida a engaño, violencia o coacción, la eventual previsión respecto a la facultad de revocación del consentimiento o cualesquiera otros requisitos previstos en la normativa legal extranjera. Igualmente, permite verificar que

¹⁶ FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A.S.: “Eficacia jurídico-registral del contrato de gestación subrogada”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2011 (BIB 2011/1357) o LASARTE ÁLVAREZ, C.: “La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por la vía reglamentaria”, *La Ley*, núm. 7777, 2012 (soporte informático).

¹⁷ SALAS CARCELLER, A.: “El Registro Civil español y la filiación surgida de la gestación por sustitución”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10, 2011, pág. 3

¹⁸ ARAGÓN GÓMEZ, C.: “La legalización de facto de la maternidad subrogada”, *Información Laboral*, núm. 4, 2017, pág. 25.

no existe simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubra el tráfico internacional de menores¹⁹.

En esta misma línea, la Resolución núm. 5/2011, de 23 de septiembre, de la Dirección General de los Registros y del Notariado²⁰ (que de una manera muy gráfica expone cual es el mecanismo a través del cual se procede a protocolizar el contrato de gestación por sustitución suscrito en el extranjero)²¹ considera que es inscribible en el registro español el nacimiento en el extranjero por esta técnica cuando existe resolución dictada por órgano judicial competente en la que conste la filiación del menor, siempre que concurra el libre consentimiento y la renuncia de la mujer gestante y se acredite que no se ha producido una vulneración del interés del menor.

Como puede fácilmente comprobarse, las Instrucciones, Circulares y Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado han venido contradiciendo no sólo la regla prohibitiva del art. 10 Ley 14/2006, es decir, el principio cardinal de jerarquía de las normas²², sino a la Sala Civil del Tribunal Supremo, que había ilegalizado, como ya consta, estas prácticas, incluso cuando contaban con reconocimiento de tribunales extranjeros por ser contrarias al orden público (no solo nacional, sino también internacional)²³.

Llevamos, por ende, más de ocho años procediendo de este modo, de suerte que muchos niños han nacido y han sido inscritos mediante este procedimiento y se ha consolidado una estructura de agencias que obtienen ganancias trabajando en este campo²⁴, pues, convertido el problema de la filiación en una mera cuestión administrativa, se consigue orillar la nulidad de pleno derecho del contrato por el que se convenga la gestación por sustitución que observa el art. 10.1 de la Ley 14/2006. No se trataría tanto de analizar la invalidez de un nexo contractual y sus consecuencias civiles y –cómo no– hacia el ámbito prestacional de la Seguridad Social, sino más sencillamente de apreciar “la legalidad de una documentación burocrática judicial evacuada por el tribunal jurisdiccional extranjero”.²⁵ Y desde este plano meramente formal, en la medida en que existe una resolución judicial extranjera con un efecto jurídico muy preciso: atribuir las responsabilidades filiales a un sujeto muy concreto (los padres intencionales) que es similar a la que el ordenamiento patrio evacúa para constituir una adopción o un acogimiento, no hay duda de que una vez inscrito en el registro civil español el menor nacido en el extranjero mediante la técnica de maternidad subrogada, los progenitores reunirían la acreditación documental suficiente para

¹⁹ ORTEGA GIMÉNEZ, A.; COBAS COBIELLA, M.E. y HEREDIA SÁNCHEZ, L.S.: “Los contratos de gestación subrogada en España”, *Diario La Ley*, núm. 9281, 2018, pág. 5.

²⁰ JUR 2012/168314.

²¹ En California, concretamente, exigiendo la autoridad judicial extranjera borrar del certificado de nacimiento cualquier referencia a la madre gestante e imponiendo que en el acta de nacimiento del hospital no se haga mención alguna a esta y sí al padre o padres intencionales (Fundamento de Derecho quinto). Sobre el particular vid. BAUTISTA, J.: “Maternidad subrogada”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 815, 2011 (BIB 2011/274).

²² VELA SÁNCHEZ, J.: “Regulemos en España el convenio de gestación por sustitución”, *Diario La Ley*, núm. 9056, 2017, pág. 5.

²³ MOLINA NAVARRETE, C.: “Prohibida la nacional, ¿protegemos la gestación/maternidad subrogada intencional con prestaciones sociales?”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 406, 2017, pág. 209.

²⁴ BELLVER CAPELLA, V.: “Gestación por subrogación: un contrato gratuito gravemente oneroso”, *El Cronista*, núm. 76, 2018, pág. 32.

²⁵ ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: “Maternidad subrogada y prestaciones de maternidad y paternidad”, cit., pág. 79.

solicitar el percibo de la prestación por maternidad, otra cosa es que llegar a esta conclusión no haya sido fácil ante la negativa inicial de la Entidad Gestora.

Llegados a este punto, cabe señalar que recientemente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dictado una nueva Sentencia, en Gran Sala, el 24 de enero de 2017²⁶, que revoca la anterior de 27 de enero de 2015, dejando traslucir un cierto retroceso en su postura favorable a la maternidad subrogada, pues declara que no hubo ninguna violación por Italia de los derechos del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos al denegar la filiación de los padres intencionales que no presentan relación genética alguna con el hijo, dando el menor en acogida a otra pareja, no en vano permitir que el hijo se quedara con los solicitantes habría equivalido a legalizar la situación creada por ellos en violación de importantes normas del derecho italiano. Entiende, a la postre, que el Estado no puede ni tolerar usos oportunistas ni estratégicos de la vigente diversidad legislativa entre distintos países, otorgando cheques en blanco a los progenitores intencionales, sin que sea suficiente para legitimar la elusión de la norma nacional ni la pura existencia de un proyecto parental ni los vínculos emocionales creados²⁷.

Bajo estas premisas, a título ejemplificativo, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 3 de mayo de 2017²⁸ desestima la pretensión de un matrimonio español para traer a España como hijo suyo al menor nacido en Moscú ya que ni consta que el consentimiento de la madre gestante se haya prestado con todas las garantías ni existe resolución de un órgano judicial ruso que determine la filiación respecto a los promotores españoles, no apreciando la alegada vulneración del derecho a la vida e intimidad familiar, ya que la transgresión de dicho derecho conlleva como presupuesto ineludible la existencia de un vínculo biológico con el menor que los padres intencionales no pueden aportar.

Así las cosas, un hito importante supondrá la entrada en vigor (el 30 de junio de 2020) de la nueva Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, pues regula en su art. 96 el procedimiento para la inscripción de resoluciones judiciales extranjeras firmes, contemplando la posibilidad de obviar el previo procedimiento de exequátur siempre que no haya oposición de las partes y que por el encargado del registro se verifique la regularidad y autenticidad de la documentación presentada, que la competencia del órgano judicial extranjero esté basada en criterios equivalentes a los previstos en la legislación española y que la resolución extranjera no resulte “manifiestamente” incompatible con el orden público español, adverbio de aristas muy estrictas que únicamente va a permitir rechazar la inscripción de resoluciones judiciales extranjeras absolutamente contrarias a los principios esenciales que rigen nuestro Derecho de familia, como pudieran ser las determinantes de matrimonios bígamos o que impliquen la posición predominante de uno de los cónyuges, pero no aquellas otras que declaren una filiación que traiga como causa un contrato que el ordenamiento interno simplemente no reconoce²⁹. Asimismo, el art. 98 permite el

²⁶ Asunto *Italia c. Paradiso*.

²⁷ MOLINA NAVARRETE, C.: “El TEDH no da cheques en blanco a los padres intencionales: es legítimo que el Estado evite la maternidad subrogada de facto”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 408, 2017, págs. 121 y ss.

²⁸ Rec. 817/2016.

²⁹ ESCRIBANO VENDEL, C.: “La gestación por sustitución y las prestaciones de Seguridad Social (maternidad y paternidad)”, cit., pág. 12.

reconocimiento de certificaciones de asientos extendidos en registros extranjeros si se cumplen determinadas condiciones y requisitos: que la certificación ha sido expedida por autoridad extranjera competente conforme a la legislación de su Estado; que el registro extranjero de procedencia tenga, en cuanto a los hechos de que da fe, análogas garantías a las exigidas para la inscripción por la ley española; que el hecho o acto contenido en la certificación registral extranjera sea válido conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de Derecho internacional privado; de nuevo, que la inscripción de la certificación registral extranjera no resulte “manifiestamente incompatible” con el orden público español.

Por ende, aun cuando es clara la nulidad de los contratos de gestación por sustitución en nuestro sistema jurídico, queda autorizado el reconocimiento de las resoluciones, e incluso de las certificaciones extranjeras basadas en una decisión judicial, siempre que se den los requisitos anteriormente apuntados³⁰, de modo que, en aras a proteger el interés superior del menor amparado por el art. 3 de la Convención sobre los derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 26 de noviembre de 1989, el art. 10 de la Ley 14/2006 sólo rige cuando se trate de un supuesto de nacimiento producido en España, pero no cuando el mismo haya ocurrido fuera de nuestras fronteras, en un país que admita la gestación intencional, sin entrar a valorar si la solución jurídica dada en el extranjero es idéntica o no a la que habría alcanzado una autoridad registral española conforme al entramado normativo patrio³¹.

En definitiva, el encargado del registro civil español no determina la filiación jurídica conforme a nuestro Derecho, sino que se limita a registrar una filiación ya determinada legalmente en virtud de una legislación extranjera vigente, lo que va a suponer en la práctica la legalización en nuestro ordenamiento jurídico del convenio gestacional hecho por españoles en los países donde está legalmente aceptado y acreditado por las autoridades de origen³², lo cual supone de facto una situación discriminatoria respecto de los supuestos de maternidad subrogada que pueden tener lugar en territorio nacional por parte de ciudadanos españoles, no solo prohibidos sino considerados delictivos, fomentando que únicamente quienes tienen medios económicos puedan desplazarse al extranjero y recurrir a este tipo de prácticas³³.

Sin entrar a valorar los argumentos éticos a favor o en contra de una regulación prohibitiva o digna de represión punitiva por la que opta el ordenamiento jurídico español frente a otros sistemas más permisivos, lo cierto es que cada vez son más frecuentes, y seguramente lo serán con mayor asiduidad en el futuro, los casos en los se celebran encargos de gestación por sustitución fuera de nuestras fronteras, esto es, con arreglo a una Ley extranjera que admite su legalidad. Surge entonces un riesgo social con entidad propia, cual

³⁰ SÁNCHEZ-MORALEDA, A.M.: “La inscripción de los hijos españoles nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución. Comentario a la Sentencia TS 5 febrero 2014”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2014 (BIB 2014/852).

³¹ PANIZO ROBLES, J.A.: “La maternidad por contrato de sustitución sigue sin estar amparada por la acción protectora de la Seguridad Social (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 13 de mayo de 2014)”, *Información Laboral*, núm. 5, 2014 (BIB 2014/2250).

³² VELA SÁNCHEZ, J.: “La gestación por sustitución en las Salas de lo Social del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia”, *Diario La Ley*, núm. 8927, 2017, pág. 5.

³³ 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*, núm. 205, 2018, pág. 83.

es el nacimiento de un hijo, que despliega sus efectos en numerosos ámbitos: alimenticios, sucesorios y, cómo no laborales, pudiendo señalar en este último segmento que ni la normativa legal ni la reglamentaria específica en materia de Seguridad Social contemplan expresamente la circunstancia de la maternidad subrogada como hecho causante de prestación alguna, laguna amparada en la nulidad radical del contrato civil de gestación por sustitución. Por ello, una mera interpretación de la legalidad en sus propios términos llevó a los entes gestores de la Seguridad Social³⁴ a negar, en un principio, las prestaciones de maternidad para estas situaciones, interpretación corregida por el Tribunal Supremo, tal y como se tratará de explicar en las páginas siguientes.

3. LAS DUDAS SOBRE EL RECONOCIMIENTO DE LA PRESTACIÓN POR MATERNIDAD

Teniendo en cuenta la falta de regulación sobre la materia, ha sido muy discutido si de los nacimientos de hijos de gestación por sustitución transfronteriza derivan o no derechos a disfrute de los permisos y prestaciones de Seguridad Social por maternidad.

En una primera aproximación, es manifiesta la dificultad para entender que la maternidad subrogada forma parte de las situaciones protegidas por nuestro ordenamiento de Seguridad Social, no en vano el art. 177 del Real Decreto legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS), se refiere a la “maternidad, la adopción, la guarda con fines de adopción y el acogimiento familiar, siempre que, en este último caso no tenga una duración inferior a un año”. Evidentemente, ni la adopción ni el acogimiento familiar pueden ser equiparables a un supuesto de gestación por sustitución, al igual que tampoco puede serlo la maternidad, perfilada en el art. 48.4 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (TRET), pensando inequívocamente en una madre biológica que da a luz a su hijo, pues, por una parte, la suspensión del contrato se va a disfrutar “en el supuesto de parto” durante dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables en caso de alumbramiento múltiple “en dos semanas por cada hijo a partir del segundo”, pudiendo ser distribuidas “a opción de la interesada siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto”; por otra, cuando se plantea la posibilidad de que el padre pueda disponer de la suspensión se reconduce al caso “de fallecimiento de la madre” o a la decisión materna de cesión en tal sentido; en fin, aunque se recogen reglas especiales para el cómputo ante partos prematuros o en los que procede la hospitalización del neonato, lo cierto es que “se excluyen las seis semanas posteriores al parto, de suspensión obligatoria del contrato de la madre”³⁵.

³⁴ La Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social ha evacuado criterios técnicos sobre maternidad subrogada que parten de la premisa de que las cuestiones de filiación están correctamente protocolizadas, pero niega la concesión de la prestación en estos casos, aunque sí reconoce la de paternidad. De hecho, el criterio de 15 de julio de 2010 reconoce que puede existir “una desprotección del hijo nacido, que únicamente de manera parcial resuelve el reconocimiento del derecho al subsidio de paternidad y el correspondiente permiso”. Un análisis exhaustivo de los mismos en ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: “Maternidad subrogada y prestaciones de maternidad y paternidad”, cit., págs. 83 a 85.

³⁵ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “La prestación por maternidad en los casos de gestación por sustitución: maternidad subrogada (vientres de alquiler)”, cit., pág. 13.

Ahora bien, pese a la prohibición legal de los contratos de gestación por sustitución en el art. 10 Ley 14/2006 y la omisión de la maternidad subrogada como situación protegida a efectos de prestaciones de Seguridad Social, se han planteado reiteradas solicitudes que han recibido distintas respuestas hasta que ha tenido lugar la intervención del Tribunal Supremo en orden a unificar doctrina sobre la materia.

3.1. La posición inicial de la Entidad Gestora

El INSS vino reconociendo el derecho al disfrute de la prestación por paternidad, pero denegando sistemáticamente la de maternidad aunque constara inscrita en el registro civil español la filiación del hijo a favor del solicitante, realizando una interpretación literal (“*in claris non fit interpretatio*”) del escenario de normas sociales reguladoras, articuladas en un triple plano³⁶:

Por un lado, ninguna duda plantea el otorgamiento de la prestación por paternidad, regulada en los arts. 183 y ss. TRLGSS, de titularidad exclusiva masculina (padre u otro progenitor), sin necesidad de ningún tipo de cesión materna, que cubre la falta de ingresos provocado por la suspensión del contrato de trabajo derivada del nacimiento de hijo, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento³⁷.

Por otro, dentro del marco estrictamente contractual, los arts. 45. 1 d) y 48.4 TRET otorgan el derecho a la suspensión del contrato con reserva del puesto de trabajo durante dieciséis semanas ininterrumpidas únicamente en los supuestos de parto, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, ampliables en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo cuando estos acontecimientos tuvieran carácter múltiple.

En fin, con la finalidad de compensar la pérdida temporal de salario, los arts. 177 y ss. TRLGSS, reconocen un subsidio económico del 100 por 100 de la base reguladora tomada en consideración para calcular el auxilio de incapacidad temporal por contingencias comunes, siempre y cuando se acrediten los períodos de carencia exigidos, a las situaciones de “maternidad, adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento familiar”, circunstancias a las que hay que añadir, al calor de lo dispuesto en el art. 2.1 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, únicamente la “tutela cuando el tutor sea un familiar que no pueda adoptar al menor”³⁸.

³⁶ Criterios de 23 de julio de 2009 y de 15 de julio de 2010.

³⁷ El hecho causante de la prestación de paternidad es el nacimiento del hijo y la adopción o el acogimiento (art. 22.1 RD 295/2009, de 6 de marzo), por lo cual resulta evidente que el objetivo de la prestación no puede ser otro que asistir al recién nacido en sus primeros días de vida. Por eso precisamente se ha concedido sin demasiados problemas cuando ha sido solicitada la prestación por padres intencionales que han suscrito con la madre biológica en el extranjero un contrato de maternidad subrogada. En la doctrina, entre los análisis más recientes, vid. GALA DURÁN, C.: “El permiso de paternidad: un balance tras casi diez años de su implantación”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 406, 2017, págs. 57 y ss.

³⁸ Un estudio exhaustivo sobre las situaciones protegidas puede verse en BALLESTER PASTOR, M.A.: *La prestación por maternidad*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2013, págs. 33-35.

3.2. La doctrina de la Sala Social del Tribunal Supremo. La tutela de la situación de necesidad surgida por el nacimiento del menor y su inserción en un determinado núcleo familiar

Ante las negativas reiteradas de la entidad gestora a conceder el subsidio por maternidad, por entender que la persona beneficiaria es exclusivamente la que gesta y da a luz a su hijo (“*mater semper certa est*”) y no quien contrata el nacimiento del niño con un tercer sujeto, han sido cuantiosos pero divergentes los pronunciamientos judiciales de suplicación³⁹, habiéndose manifestado el Tribunal Supremo en cuatro sentencias unificadoras de finales de 2016: de 25 de octubre⁴⁰ (Ponente Excmo. Sr. Sempere Navarro), de 16 de noviembre⁴¹ (Ponente Excmo. Sra. Segoviano Astaburuaga) y dos de 30 de noviembre⁴² (Ponente Excmo. Sr. Ángel Blasco Pellicer), acompañadas de varios votos particulares⁴³, lo cual da sobradas muestras de la dificultad existente para dar una respuesta de consenso.

Siguiendo un orden cronológico, la primera resolución, de 25 de octubre, otorga la prestación por maternidad durante 16 semanas y el subsidio especial por cada hijo a partir del segundo (2 semanas más) al padre biológico de dos niñas, gestadas por subrogación en un vientre de alquiler en la India e inscritas en el Registro Civil del Consulado de España en Nueva Delhi, constanding el acuerdo de los progenitores por el cual el varón asume, en exclusiva, “todas las funciones y obligaciones que se derivan de la patria potestad”, pudiendo instalarse con las menores donde quiera. Por su parte, la segunda decisión, de 16 de noviembre, reconoce el derecho a la prestación por maternidad a una mujer ante el nacimiento de un niño a través de un contrato de gestación suplantada, que ha sido inscrito en el registro del Consulado de España en los Ángeles como hijo de la actora y de su esposo. La tercera, de 30 de noviembre, concede la prestación por maternidad a un varón que acudió a la gestación por subrogación en Chicago, siendo padre biológico de un menor, formulando inscripción como progenitor único. Y la cuarta, también de 30 de noviembre, resuelve un caso relativo a un matrimonio homosexual, integrado por dos varones que fueron padres biológicos de dos menores nacidos en California a resultas de un contrato de subrogación, constanding en las inscripciones del registro civil consular de Los Ángeles como hijos

³⁹ Entre las sentencias que han reconocido el disfrute a la citada prestación, cabe mencionar, sin ánimo exhaustivo, SSTSJ, Social, Castilla y León 5 mayo 2010 (rec. 539/2010), Madrid 8 octubre 2012 (rec. 1875/2012), 3 marzo 2013 (rec. 3783/2012), 23 diciembre 2014 (rec. 497/2014), 17 julio 2015 (rec. 429/2015), 12 febrero 2016 (rec. 739/2015) y 31 marzo 2016 (rec. 577/2015); Canarias/Las Palmas 27 mayo 2015 (rollo 1179/2013); Asturias 20 septiembre 2012 (rec. 1604/2012); Castilla-La Mancha 27 mayo 2015 (rec. 51465/2014) ó Cataluña 23 noviembre 2012 (rec. 6240/2011), 9 marzo 2015 (rec. 126/2015), 1 julio 2015 (rec. 2460/2015), 15 septiembre 2015 (rec. 2299/2015) y 11 febrero 2016 (rec. 6519/2015). Por el contrario, entre las sentencias que han negado la posibilidad de recibir el citado auxilio económico, procede citar, a título de ejemplo, las SSTSJ, Social, Madrid 7 julio 2014 (rec. 142/2014) y 5 octubre 2015 (rec. 473/2015) Andalucía 4 febrero 2015 (rec. 1317/2014) ó País Vasco 13 mayo 2014 (rec. 749/2014) y 3 mayo 2016 (rec. 651/2016).

⁴⁰ Rec. 3818/2015.

⁴¹ Rec. 3146/2014.

⁴² Rec. 3183/2015 y 3219/2015.

⁴³ Frente a la primera sentencia, de 25 de octubre, presentan votos particulares la Excmo. Sra. Arastey Sahún; el Excmo. Sr. De Castro Fernández, al que se adhiere el Excmo. Sr. Gilolmo López; y el Excmo. Sr. López García de la Serrana, al que se adhieren la Excmo. Sra. Calvo Ibarlucea y el Excmo. Sr. Souto Prieto. Frente a la segunda, de 16 de noviembre, presentan votos particulares el Excmo. Sr. De castro Fernández, al que se adhieren la Excmo. Sra. Calvo Ibarlucea y el Excmo. Sr. Souto Prieto; y el Excmo. Sr. López García de la Serrana, al que se adquieren la Excmo. Sra. Calvo Ibarlucea, el Excmo. Sr. Gilolmo López y el Excmo. Sr. Souto Prieto. Frente a la tercera y la cuarta, presenta voto particular el Excmo. Sr De Castro Fernández.

biológicos de ambos. El solicitante de la prestación por maternidad está afiliado al régimen especial de trabajadores autónomos.

Centrando la atención en las dos primeras sentencias, dictadas en pleno, pues son las que mayor fundamentación jurídica acompañan remitiéndose las otras dos a su doctrina, cabe señalar que, pese a los matices diferenciadores, pues en el primero el solicitante de la prestación por maternidad es el padre biológico de las niñas mientras en el segundo no concurre tal circunstancia en ninguno de los que aparecen como progenitores, el Tribunal Supremo, de acuerdo con el parecer del Ministerio Fiscal, lleva a cabo un razonamiento coincidente favorable al reconocimiento de la prestación por maternidad tras aparecer incontrovertida la filiación, fundado, en síntesis, en los siguientes argumentos:

1.- El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en sentencias de 28 de junio de 2014 (asuntos *Menesson c. Francia*⁴⁴ y *Labasse c. Francia*⁴⁵), de 27 de enero de 2015 (asunto *Paradiso y Campanelli c. Italia*) y de 21 de julio de 2016 (asunto *Foulon y Bouvet c. Francia*)⁴⁶, ha considerado que la negativa a reconocer la filiación por las autoridades gubernativas francesas e italianas en los supuestos de maternidad subrogada viola el art. 8 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales que reconoce el respeto a la vida privada y familiar, entendiéndose que si existe convivencia familiar entre los padres subrogados y los menores ha de protegerse esta circunstancia en beneficio de los segundos.

2.- Ciertamente es el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en sentencias (dos) de 18 de marzo de 2014⁴⁷, considera, por una parte, que la Directiva 92/85, de 19 de octubre, no obliga a que los Estados miembros confieran el permiso de maternidad a una madre subrogante, y, por otra, que de las Directivas 2006/54, de 5 de julio, y 2000/78, de 17 de noviembre, no cabe inferir una discriminación basada en el sexo o por motivo de discapacidad, edad u orientación sexual ante la denegación de un empresario de un permiso por maternidad en un supuesto de gestación suplantada. No menos verdad resulta, sin embargo, que nada impide a los Estados miembros adoptar o mantener disposiciones más favorables que las albergadas por las Directivas mencionadas⁴⁸. Lo que se enjuicia en estos

⁴⁴ Demanda 65192/11. Un comentario de esta resolución, más centrada en la determinación de la filiación que en sus repercusiones hacia el sistema protector de la Seguridad Social en FLORES RODRÍGUEZ, J.: "Gestación por sustitución: la metamorfosis del parentesco", *La Ley*, 14 de julio de 2014, 4874/2014 y GARCÍA ABURUZA, M^a.P.: "A vueltas con los efectos civiles de la maternidad subrogada", *Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, 2015, BIB 2015/4006.

⁴⁵ Demanda 65941/11.

⁴⁶ Demanda 25358/12.

⁴⁷ Asuntos C-167/12 y C-363/12. La primera de las sentencias versa sobre una pareja heterosexual de Reino Unido que acude a un país tercero para obtener, a través de un contrato de gestación por subrogación, un hijo para el que el padre facilita el esperma y la madre gestante el óvulo. Cuando retornan a su país de origen, la madre comitente solicita que le sea reconocida la prestación por maternidad y, ante la negativa por no encajar el concepto de madre biológica, aduce una posible discriminación por razón del sexo y/o embarazo y/o maternidad. La segunda de las sentencias aborda un caso de una pareja irlandesa que, ante la afección de la madre consistente en la falta de útero lo cual le impide no ser infértil pero sí gestar, recurren a la gestación por subrogación, proporcionando ambos comitentes los gametos necesarios implantados en una madre gestante. Sobre la última resolución vid. el comentario de RODRÍGUEZ CARDO, I.: "Permiso por maternidad para 'madres subrogantes': problemática laboral de los vientres de alquiler", *Actualidad Laboral*, núm. 6, 2014, págs. 716 y ss.

⁴⁸ Tal y como había señalado la STS, Social, 19 octubre 2016 (rec. 1650/2015).

casos es si los Estados miembros están obligados a conceder prestaciones de maternidad en estas situaciones de gestación por sustitución, y la respuesta es evidente: no tienen obligación de contemplar estas circunstancias en su ordenamiento interno. En cambio, lo que se discute en la instancia jurisdiccional patria es si a la luz de nuestras normas vigentes puede concederse una prestación de maternidad para los supuestos de maternidad subrogada⁴⁹, tesis para la cual puede servir de apoyo la Directiva 2010/18, sobre los permisos parentales, que establece “disposiciones mínimas para facilitar la conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales a los trabajadores con hijos, teniendo en cuenta la diversidad cada vez mayor de las estructuras familiares” (cláusula 1ª)⁵⁰. Ambas doctrinas pueden ser compatibles: no es obligado que los Estados de la Unión articulen una prestación de Seguridad Social para proteger la maternidad subrogada, pero privar de la filiación a los menores y de los derechos laborales inherentes puede violentar el derecho a la vida familiar.

3.- El art. 10 de la Ley 14/2006 no admite la maternidad por subrogación y asigna la filiación en tales casos a la madre biológica, entendiendo la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en sentencia de 6 de febrero de 2014⁵¹ y auto de 2 de febrero de 2015⁵², que ha de rechazarse la inscripción como hijos biológicos de los contratantes a los nacidos en otro Estado donde se han gestado mediante la técnica, prohibida en España, de la maternidad subrogada, pues, según los arts. 1271 y 1275 CC, la vida humana no puede ser objeto de contrato alguno y la toma en consideración del interés del menor puede conseguirse con la reclamación de la paternidad posterior, la adopción u otras instituciones admitidas en nuestro ordenamiento jurídico, tal y como sucede con el acogimiento, debiendo facilitarse la “reconversión” de la realidad fáctica nula a una situación legalmente aceptable en nuestro país⁵³. Ahora bien, esta sentencia y este auto, acompañados de un voto particular suscrito por cuatro Magistrados, reconocen, al tiempo, que si los menores tienen relaciones familiares *de facto* con los padres subrogantes, la solución que haya de buscarse ha de tener presente este extremo y “permitir el desarrollo y protección de estos vínculos”, no en vano la ilegalidad del contrato de gestación por sustitución no puede hacerse extensible al resultado del mismo, esto es, al menor efectivamente engendrado y alumbrado.

4.- El TRLGSS, en su art. 177 (anterior 133), no menciona expresamente los procesos de gestación por subrogación entre las situaciones protegidas a efectos de lucrar una prestación por maternidad, sino que únicamente alude a “la maternidad, la adopción, la guarda con fines de adopción y el acogimiento familiar, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año, durante los períodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en los apartados 4, 5 y 6 del artículo

⁴⁹ ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: “Maternidad subrogada y prestaciones de maternidad y paternidad”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 8, 2016, pág. 89.

⁵⁰ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E.: “La desprotección de la maternidad por subrogación en la jurisprudencia europea frente al derecho de igualdad en el empleo (y II)”, *Trabajo y Derecho*, núm. 4, 2015, pág. 97.

⁵¹ Rec. 245/2012.

⁵² VAQUERO LÓPEZ, C.: “La denegación de acceso al Registro Civil español de la filiación derivada de un contrato de gestación por sustitución a la luz de la jurisprudencia del TEDH: comentario del ATS de 2 de febrero de 2015”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, 2015 (BIB 2015/982).

⁵³ Un análisis de esta sentencia puede encontrarse en 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”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 40, 2015, págs. 58 y ss.

48 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores...”. Por su parte, la norma remitida, el TRET, al regular la suspensión del contrato de trabajo, exclusivamente se refiere a los supuestos de “parto, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento”.

A partir de aquí, tal y como señala el propio Tribunal Supremo, en las sentencias de 25 de octubre y 16 de noviembre, surgen diversas hipótesis interpretativas: que el listado de situaciones protegidas posee carácter cerrado y rechaza los casos como el ahora examinado; que la maternidad subrogada no deja de ser una variante de la genérica, por lo que ha de subsumirse en ella; que la analogía aconseja asimilar el supuesto al de acogimiento; en fin, que se trata de previsiones contrarias a la Constitución puesto que discriminan por razón de género a determinadas personas que desean tener descendencia o que los menores de padres subrogados son objeto de un trato peyorativo incompatible con el art. 14 CE.

De todas estas posibles posturas, la posición mayoritaria del Alto Tribunal opta por una interpretación extensiva, entendiendo que la gestación subrogada está protegida a efectos de lucrar la prestación por maternidad, no en vano la finalidad de tal prestación no es tutelar la salud de la madre tras el alumbramiento, sino fomentar las relaciones paterno filiales, así como el bienestar y cuidado del menor, evitando que el desarrollo del trabajo reste tiempo a tales efectos. Es irrelevante, por ende, lo previsto en el art. 10 de la Ley 14/2006, que reconoce la nulidad del negocio jurídico subyacente a una gestación por subrogación, pues se trata de una norma ajena a la regulación de una prestación de Seguridad Social, que no elimina la situación de necesidad surgida por el nacimiento del menor y su inserción en determinado núcleo familiar, debiendo procurar que esos hijos no vean mermados sus derechos. El principio de “protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, reconocido por el art. 39.2 CE”, aconseja no adicionar causas de exclusión ignoradas por el TRLGSS al establecer sus prestaciones.

Es más, el art. 2.2 del 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 durante la lactancia natural, dispone, en una relativa apertura del elenco de supuestos protegidos, que “se considerarán jurídicamente equiparables a la adopción y al acogimiento... aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad o efectos jurídicos sean previstos para la adopción y el acogimiento...”.

5.- Por último, y como elemento coadyuvante en la estimativa pretensión de la prestación por maternidad en el supuesto enjuiciado en la sentencia de 25 de octubre de 2016, es menester tener en cuenta que el padre biológico asume aquí en realidad la posición de progenitor único, debiendo acudir a lo dispuesto en el art. 3.2 del Real Decreto 295/2009, que permite transferir al padre las prestaciones económicas por maternidad en los supuestos en los que la madre hubiese fallecido, en el bien entendido sentido de que la realidad de ausencia total de cuidado materno y la renuncia expresa a tal quehacer es similar a la muerte de la progenitora.

En definitiva, la conclusión es idéntica en el fallo de las dos sentencias dictadas en Pleno y trasladable a las otras dos dictadas en Sala: existiendo una verdadera integración de los menores en el núcleo familiar del progenitor o progenitores subrogados, las prestaciones

asociadas a la maternidad han de satisfacerse previo cumplimiento de los requisitos generales de acceso a las mismas.

A la luz de esta doctrina, varias han sido las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia que se han hecho eco de la misma⁵⁴ e incluso el propio el Tribunal Supremo se ha seguido pronunciando en el mismo sentido en ocasiones posteriores (en 2017 y 2018)⁵⁵, reiterando de forma resumida los argumentos de las Sentencias de 25 de octubre y de 16 de noviembre de 2016 en el sentido siguiente:

1.- Las normas en materia de protección de la maternidad han de ser interpretadas a la luz del principio general del interés superior del menor que se integra en el núcleo familiar con el progenitor o progenitores que le prestan atención y cuidados parentales, conforme a lo establecido en el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y al mandato del art. 39 de la Constitución, relativo a la protección de la familia y a la infancia, designio que ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda exegética, así como de acuerdo a la “realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquella (art. 3.1 CC).

2.- La suspensión de la relación laboral y el reconocimiento de la prestación por maternidad constituye un medio idóneo para preservar las especiales relaciones que median entre el padre/madre y el hijo durante el período posterior al nacimiento, por lo que esta situación ha de ser debidamente protegida en la misma forma que lo son la maternidad, la adopción y el acogimiento; con independencia de que la maternidad subrogada no figure como tal y de forma expresa en el elenco de situaciones previstas, pugnando con la lógica más primaria que se deniegue la prestación en los supuestos de gestación por sustitución cuando se reconocería *ex lege* si el solicitante se hubiera limitado a adoptar o a acoger a los menores.

3.- En todo caso, la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución, establecida en el art. 10 Ley 14/2006, no puede perjudicar la situación del menor.

En suma, frente a una interpretación meramente literal sustentada sobre la base de que la legislación vigente no contempla entre las situaciones protegidas que dan derecho a la prestación de maternidad los supuestos de gestación subrogada por estar prohibida, el Alto Tribunal, en aquellos casos en los que el contrato de gestación se había celebrado en un país donde se admite su legalidad y la filiación a favor de los comitentes ya había sido determinada a través de la correspondiente inscripción en el registro público, recurre a un criterio hermenéutico finalista que le lleva a razonar sobre el sentido último que justifica

⁵⁴ Entre otras, SSTSJ Islas Baleares 30 enero 2017 (rec. 398/2016), País Vasco 16 mayo 2017 (rec. 554/2017) o Castilla y León/Valladolid 20 julio 2017 (rec. 624/2017) y 7 febrero 2018 (rec. 1827/2017), Madrid 21 febrero 2018 (rec. 1039/2017) y Valencia 16 enero 2018 (rec. 3591/2016).

⁵⁵ SSTS 22 noviembre 2017 (rec. 1504/2016), 29 noviembre 2017 (rec. 1430/2016) 14 diciembre 2017 (rec. 2859/2016 y 2066/2016), 2 marzo 2018 (rec. 264/2017) y AATS, 13 marzo 2018 (rec. 2059/2016) o 22 marzo 2018 (rec. 2770/2016)

estas prestaciones, que no es otro que el de permitir el cuidado y atención al menor, interés que también se encuentra presente en los supuestos de maternidad subrogada⁵⁶.

3.3. Los nuevos criterios del INSS (consultas número 26/2016 y 4/2017)

Con el fin de no desatender al menor, se ha entendido que estamos en presencia de un supuesto análogo al de la adopción o, al menos, parecido al del acogimiento, en el que existe renuncia de la madre biológica a la filiación, porque así se permite en el ordenamiento jurídico extranjero, y concurre un claro estado de necesidad, la preceptiva atención del niño, que, además, se ha revestido de principio jurídico fundamental en la materia⁵⁷. Ciertamente es que la actual regulación legal (TRLGSS) y reglamentaria (Real Decreto 295/2009) omite la contemplación de estos supuestos, pero la Entidad Gestora ha tenido que admitir que no están cerrada como para impedir su interpretación en el sentido más favorable a los objetivos constitucionales de protección del menor, con independencia de su filiación, y de conciliación de vida familiar y laboral, máxime cuando el legislador utiliza el término maternidad sin acompañarlo de calificativo alguno, de lo cual cabe intuir un deseo implícito de ofrecer el mismo tratamiento jurídico a los supuestos de maternidad biológica y a aquellos en los que se accede a la condición maternal sin parto previo. Es más, aun cuando la interpretación filantrópica que pivota sobre la protección del interés del menor y de un estado real de necesidad se ha llevado a cabo exclusivamente en cuanto a la prestación por maternidad, nada impide su traslado al disfrute del derecho a la suspensión del contrato laboral por cuanto la fundamentación argumental es la misma⁵⁸.

Para dar cumplimiento a la interpretación fijada en unificación de doctrina, en sus consultas núm. 26/2016, de 29 de diciembre, y 4/2017, de 30 de febrero, el INSS establece unos criterios uniformizadores a la hora de otorgar la prestación por maternidad subrogada en aquellos supuestos en los que el nacimiento ha tenido lugar en el extranjero con arreglo a la legalidad de dicho país y se ha practicado la inscripción de la filiación del hijo en el Registro Civil español.

En este sentido, distingue dos supuestos: Si existe resolución judicial dictada por el órgano jurisdiccional extranjero competente en la que se determina la filiación del nacido a favor del progenitor o progenitores comitentes y en esta resolución judicial se recoge el consentimiento libre y voluntario, así como la renuncia expresa a la filiación de la madre gestante, bastará con acreditar la inscripción de la filiación del hijo en el Registro civil español. Si, por el contrario, no existe una resolución judicial de este tipo y la filiación del hijo en el Registro civil se determina a favor de comitente y de la propia madre biológica, se deberá presentar documento debidamente legalizado en el que conste la renuncia expresa de la madre biológica al ejercicio de la patria potestad sobre el menor, al que se acompañará

⁵⁶ 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*, núm. 205, 2018, pág. 93.

⁵⁷ ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: “Maternidad subrogada y prestaciones de maternidad y paternidad”, cit., pág. 96.

⁵⁸ PRESA GARCÍA-LÓPEZ, R.: “Gestación por sustitución y prestación por maternidad (análisis de los nuevos criterios administrativos con ocasión de las SSTs de 25 de octubre y de 16 de noviembre)”, *Aranzadi Digital*, núm. 1, 2017 (BIB 2017/57), pág. 5.

traducción oficial si fuera necesario. Además, el interesado debe acreditar que dicha renuncia no es contraria al ordenamiento jurídico del país de origen del hijo⁵⁹.

Las instrucciones vertidas, basadas en múltiples ejes, en unos casos se encuentran más próximas a los preceptos que regulan la adopción, mientras en otros se corresponden con los propios de la maternidad biológica⁶⁰, a saber: 1) el convenio de gestación por sustitución ha de haberse realizado conforme a la legalidad del país en el que se suscribe; 2) debe concurrir la previa inscripción de la filiación del hijo en el registro civil español; 3) será beneficiario del subsidio el progenitor (independientemente de su sexo) que haya disfrutado del descanso o permiso laboral y reúna los requisitos necesarios (afiliación, alta y cotización), de modo que si hubiera dos progenitores comitentes y el período de descanso se hubiera distribuido a opción de ambos, los dos tendrán la condición de beneficiarios siempre que reúnan de forma independiente las exigencias para el disfrute de la prestación; 4) la prestación se entenderá lucrada en la fecha del nacimiento del hijo⁶¹; 5) la edad prevista en los apartados 1 y 2 del art. 5 Real Decreto 295/2009 a efectos de determinar el período mínimo de cotización (ninguno para los menores de 21 años, 90 días dentro de los 7 años inmediatamente anteriores o 180 días cotizados a lo largo de la vida laboral si tuviera entre 21 y 26 años o 180 días dentro de los 7 años inmediatamente anteriores o 360 días cotizados a lo largo de la vida laboral si tuviera más de 26 años) será la que tenga cumplida el beneficiario en la fecha de nacimiento del hijo, sin que pueda aplicarse la posibilidad de adelantar hasta cuatro semanas el inicio del descanso en los supuestos de adopción internacional para facilitar el traslado de los progenitores al país de origen del menor (art. 6.4 Real Decreto 295/2009); 6) se reconoce el subsidio especial por parto múltiple, al igual que debería reconocerse, aunque no se dice expresamente, la ampliación de dos semanas por discapacidad del hijo en un grado igual o superior al 33 por 100; 7) no es de aplicación el descanso obligatorio de las seis semanas posteriores al parto; 8) en caso de fallecimiento de alguno de los progenitores comitentes, el superviviente tendrá derecho al disfrute del subsidio del período de descanso que restara hasta alcanzar la duración máxima si cumple los requisitos; 9) se aplica la ampliación del período de descanso en caso de internamiento hospitalario del recién nacido (art. 8.9 Real Decreto 295/2009), debiendo aportar documento expedido por la institución clínica traducido oficialmente, de modo que podrá interrumpirse el disfrute del permiso de maternidad y la percepción del correspondiente subsidio, a petición del beneficiario, siendo posible reanudar el permiso a partir de la fecha del alta hospitalaria del menor, por el periodo que reste por disfrutar, sin olvidar que si la hospitalización tuviera una duración superior a siete días, se ampliará la extensión del permiso por maternidad en tantos días como el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, con un máximo de trece semanas adicionales; 10) no es posible la opción por el disfrute del otro progenitor derivada de la cesión de parte del descanso prevista en el art. 9 Real Decreto 295/2009, ni tampoco tiene aplicación el informe de la maternidad regulado en el art. 13 de la citada disposición reglamentaria, emitido por el médico del servicio público de salud en el que se acredite la

⁵⁹ DESDENTADO DAROCA, E.: “Nuevas perspectivas de la protección social de la maternidad subrogada”, *Revista Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 7, 2018, pág. 724.

⁶⁰ SIRVENT HERNÁNDEZ, N.: “Gestación por sustitución y derecho a prestaciones de Seguridad Social. Razones para una regulación urgente”, cit., pág. 97.

⁶¹ Así se había pronunciado la STSJ Castilla-La Mancha 27 mayo 2015 (rec. 1465/2014), que consideró que la fecha del hecho causante de la prestación no era la del regreso del progenitor a España, sino “la fecha en la que sobreviene la contingencia protegida, es decir, el nacimiento de los niños para cuya protección y cuidado (entre otros) reconoce la ley esta prestación”.

fecha probable del parto, cuando la trabajadora inicie el descanso con anterioridad a aquel, o el fallecimiento del hijo, tras la permanencia en el seno materno durante, al menos, ciento ochenta días, lapso exigido para el reconocimiento de la prestación de maternidad frente a la protección (menos beneficiosa) de la situación mediante incapacidad temporal de no alcanzarse; 11) en fin, respecto de la compatibilidad entre los subsidios por maternidad y paternidad, se distinguen tres situaciones⁶²: a) cuando sólo está determinada la filiación de uno de los progenitores (o cuando, aunque figure también como progenitora la madre biológica, esta haya renunciado válidamente al ejercicio de la patria potestad), el progenitor comitente que disfrute el subsidio por maternidad no podrá también disfrutar del correspondiente por paternidad; b) cuando inicialmente la filiación solo conste a favor de un progenitor, si posteriormente adoptara al menor otra persona con la que aquel mantenga una relación conyugal o de afectividad análoga, este último no generará derecho a una nueva prestación por maternidad derivada de la adopción del menor (salvo que aún no hubieran transcurrido los plazos señalados para el disfrute compartido, aunque sí podrá disfrutar de la prestación por paternidad; c) cuando la filiación se determine a favor de los dos progenitores comitentes, será de aplicación lo previsto en el art. 23.3 Real Decreto 295/2009, a cuyo tenor en caso de disfrute compartido de los períodos de descanso o permiso de maternidad, la condición de beneficiario del subsidio por paternidad es compatible con la percepción del subsidio por maternidad siempre y cuando el beneficiario cumpla todos los requisitos exigidos.

Como puede comprobarse, más que de una mera respuesta a una consulta, se trata de una resolución de naturaleza cuasi reglamentaria sin ley previa⁶³, lo cual vaticina futuras controversias que serán objeto de atención por los tribunales. A modo meramente ejemplificativo, cabe señalar que mientras el INSS ha entendido que la prestación se entenderá causada en la fecha del nacimiento del hijo y sitúa los efectos económicos del subsidio de maternidad “a partir del día de inicio del período de descanso o período correspondiente que coincidirá con la fecha de nacimiento del hijo por gestación por sustitución”, alguna sentencia de suplicación por el contrario, sitúa el hecho causante en la fecha de inscripción de la filiación en el registro civil español con el fin de salvar el inexorable efecto del art. 53 TRLGSS, a tenor del cual el derecho a la prestación quedaría sin contenido económico ante una posible demora en la solicitud, que podría superar los tres meses de retroactividad máxima prevista en la norma más las dieciséis semanas de percepción del subsidio⁶⁴.

⁶² SIRVENT HERNÁNDEZ, N.: “Gestión por sustitución y derecho a prestaciones de Seguridad Social. Razones para una regulación urgente”, cit., pág. 101.

⁶³ MERCADER UGUINA, J.R.: “La creación por el Tribunal Supremo de la prestación por maternidad subrogada: a propósito de las SSTs de 25 de octubre de 2016 y de 16 de noviembre de 2016”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2017, vol. 9, núm. 1, pág. 466.

⁶⁴ STSJ Canarias 4 noviembre 2016 (AS 2016, 1753), comentada por MORENO PUEYO, M.: “Maternidad subrogada y prestación de maternidad. Reconocimiento del derecho y efectos económicos del mismo”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 2012, 2017, págs. 259 y ss.

4. LA PROGRESIVA AMPLIACIÓN DE LA COBERTURA PROTECTORA DE LA PRESTACIÓN POR MATERNIDAD Y LA SOLUCIÓN DE COMPROMISO FUNDADA EN LA SALVAGUARDA DEL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS HIJOS

La interpretación extensiva que ha realizado la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, posteriormente acogida por el INSS, 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 determinadas situaciones e instituciones jurídicas, esto es, la maternidad subrogada y la maternidad, adopción y acogimiento que protege la legislación de Seguridad Social, cual es la tutela del menor, la atención de sus necesidades afectivas y de cuidados y su integración en el núcleo familiar.

Cuando únicamente se atendía al hecho biológico del parto era evidente que la finalidad de la prestación por maternidad radicaba prioritariamente en la recuperación física y psíquica de la madre en el puerperio, pero la ampliación a circunstancias en las que no ha existido alumbramiento propiamente dicho (adopción o acogimiento), permite apreciar cómo el centro de gravedad se desplaza desde la tutela de la gestante hacia la atención del hijo. Ello sin olvidar cómo incide en esta misma idea la posibilidad de ceder parte del disfrute de la prestación por maternidad al otro progenitor (hasta diez semanas). En definitiva, en la evolución jurídica de la maternidad, la protección de la salud de la madre, que se limita a los supuestos de parto, ha pasado a un segundo plano, siendo el cuidado del hijo la principal hipótesis garantizada en la regulación vigente.

La ausencia de equiparación entre la gestación subrogada y los supuestos que dan lugar al percibo de la prestación por maternidad situaría a los menores en una posición que se puede calificar de imposible, pues la madre biológica ha rechazado voluntariamente llevar a cabo cualquier tipo de atención del menor y el sujeto o sujetos que la han asumido, también voluntariamente, no pueden ejercerla en plenitud porque carecerían de los derechos sociales necesarios para ello, debiendo afrontar los gastos para que terceras personas asuman estas labores durante el desarrollo de su actividad profesional o bien cesar, temporal o definitivamente, en esta última⁶⁵.

Por tanto, la necesidad derivada de la situación de hecho generada por una maternidad intencional es idéntica a los casos contemplados en la legislación de la Seguridad Social, aun cuando la filiación tenga por origen un acto ilícito según la normativa civil interna. Si la filiación se genera por la convalidación internacional de la inscripción registral producida por medio de la gestación subrogada, la respuesta del sistema socio-laboral ha de ser la cobertura protectora, de suerte que esta resolución extranjera, tal y como ha reconocido la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, estaría amparada por lo dispuesto en el art. 2.2 del Real Decreto 295/2009, en virtud del cual se consideran equiparadas a la adopción o acogimiento aquellas “instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y el acogimiento preadoptivo, permanente o simple”.

⁶⁵ CERVILLA GARZÓN, M.J.: “El avance hacia el reconocimiento del derecho a la prestación por maternidad y otros derechos sociales en los supuestos de gestación por sustitución”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 188, 2016, BIB 2016/3183.

Una interpretación distinta de la extensiva no sólo dejaría sin amparo a los progenitores subrogantes, sino lo que es peor aún, al menor nacido de un vientre de alquiler⁶⁶, vulnerando lo previsto en el art. 39.2 CE, que reconoce el principio de igualdad de los hijos ante la ley con independencia de la filiación, máxime cuando recientemente se ha modificado el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, para significar expresamente y de manera contundente y categórica que “todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito privado como en el público... (de forma que) en aplicación de la presente Ley y demás normas que les afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los tribunales u órganos legislativos, primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”⁶⁷.

Teniendo en cuenta que lo que prohíbe la Ley 14/2006, de 26 de mayo, de reproducción humana asistida, es prestar consentimiento en España para la formalización de un contrato de gestación por sustitución, pero no el acceso al registro civil español de la filiación resultante de tal contrato (que es una consecuencia última y periférica del mismo)⁶⁸; y tomando en consideración además que privar de la filiación a los menores implicaría una vulneración del interés de los mismos, en la medida en que les dejaría desprotegidos jurídicamente y supondría un atentado a su derecho a una identidad única, proclamada por los textos internacionales, la consecuencia inevitable es que el argumento de la protección del interés superior del menor debe servir de fundamento al acceso a las prestaciones cuestionadas por parte de los progenitores intencionales, pues resulta indudable que los subsidios de maternidad tienden a proteger no sólo un estado de necesidad por exceso de gastos o ausencia de ingresos, sino también y sobre todo al propio recién nacido. De hecho, la ampliación de la prestación a maternidades en las que no ha existido alumbramiento propiamente dicho de la madre que va a disfrutar de la prestación de maternidad, esto es, la adopción o acogimiento, permite apreciar cómo el centro de gravedad se desplaza desde la protección de la madre hacia la atención del menor. En otros términos, como con acierto se ha afirmado en vía judicial, el hecho causante en la maternidad biológica y el bien jurídico a tutelar es la “protección de la salud de la trabajadora que ha dado a luz, recuperándose físicamente del hecho del alumbramiento” y de sus secuelas relevantes, pero este hecho causante se contrapone a “los supuestos de adopción y acogimiento, en los que el bien jurídico prevalente es la inserción laboral, robusteciendo los vínculos de afectividad entre los padres no biológicos y el hijo, que no siempre será recién nacido”⁶⁹.

⁶⁶ MONEREO PÉREZ, J.L. y LÓPEZ INSUA, M.B.: “La renovada tutela social de la maternidad en el marco de los derechos de conciliación”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 43, 2016, pág. 23.

⁶⁷ ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: “Maternidad subrogada y prestaciones de maternidad y paternidad”, cit., págs. 82-83.

⁶⁸ Sobre sus consecuencias resulta útil la lectura de VELA SÁNCHEZ, A.J.: “Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución no pueden ser inscritos en el Registro Civil Español”, *La Ley*, núm. 8279, de 26 de marzo de 2014 o CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. y CALVO CARAVACA, A.L.: “Gestación por sustitución y Derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 7, núm. 2, 2015, págs. 45 y ss.

⁶⁹ STSJ Madrid 26 febrero 2003 (rec. 5236/2002).

No cabe duda que el otorgamiento del derecho a la prestación de maternidad por adopción o acogimiento se fundamenta en una mera “relación factual”⁷⁰ entre los padres intencionales y el niño, protocolizada o solemnizada burocráticamente, que es el hecho causante. Y en nada se diferencia de la situación real y protocolizada en el país de nacimiento de los niños mediante los trámites administrativos y judiciales correspondientes en los supuestos de gestación por sustitución. Son dos circunstancias muy similares si bien en una de ellas la legislación sí regula la consecuencia y en la otra no. Por ello, una interpretación negadora de la prestación crea una diferencia radical (e inadmisibles) en la solución que se da en el supuesto de maternidad subrogada, que no encuentra justificación ni desde el punto de vista de los sujetos beneficiarios de la prestación, ni desde el punto de vista del bien jurídico protegido⁷¹.

En parecidos términos, aunque la maternidad derivada de la condición de progenitor inscrito como tal en el registro civil en virtud de una gestación subrogada no está contemplada en el TRLGSS ni, en consecuencia, desarrollada en el Real Decreto 295/2009, los supuestos guardan enorme semejanza, en tanto en cuanto la posición que ocupan los progenitores en uno y otro supuesto respecto del nacido, adoptado o acogido es la misma en el marco de las relaciones laborales y familiares en la que están inmersos⁷². Es más, como ha reconocido el propio Tribunal Supremo, no es posible entender que realmente el legislador no quiera reconocer el derecho, dado que no hay exclusión alguna al respecto, de forma que es admisible inferir “que se está en presencia de una laguna legal, y la identidad de razón concurre desde el momento en que se trata de dar protección por maternidad a quien ostenta la condición de progenitor de un menor por un título jurídico diferente a la adopción o acogimiento pero idóneo por haber inscrito en el registro civil la filiación” entre el menor y quien reclama la prestación.

A partir de tal premisa, la búsqueda del bien jurídico protegido debe servir como canon hermenéutico en aquellos supuestos en que técnicamente puedan surgir discrepancias en la interpretación de los textos legales. Si, como ya consta, el bien jurídico protegido por las prestaciones de maternidad es prioritariamente la atención al nuevo miembro de la familia, necesitado de cuidados singulares dada su vulnerabilidad biológica y las perspectivas de integración en el nuevo núcleo familiar, no cabe duda de que en supuestos de maternidad subrogada sí existe la situación de necesidad, por lo que puede abogarse por una “solución de compromiso”⁷³ y por una interpretación favorecedora de la concesión de las

⁷⁰ ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: “Maternidad subrogada y prestaciones de maternidad y paternidad”, *Revista Derecho de la Seguridad Social*, cit., págs. 84-85.

⁷¹ En atención al superior interés del menor debe favorecerse una interpretación que permita otorgar la prestación. En tales términos, entre otros, CORDERO GORDILLO, V.: “La prestación por maternidad en los supuestos de gestación por sustitución”, *Trabajo y Derecho*, núm. 7-8, 2015, 4687/2015.

⁷² STSJ Madrid 8 octubre 2012 (rec. 1875/2012). BORRAJO DACRUZ, E.: “Gestación por sustitución y prestación por maternidad”, *Actualidad Laboral*, núm. 2, 2013, pág. 243 o VARELA AUTRÁN, B.: “La protección de la maternidad no biológica”, *Aranzadi Social*, núm. 6, 2013, BIB 2013/695.

⁷³ En terminología de SELMA PENALVA, A.: “Vientres de alquiler y prestaciones por maternidad”, cit., pág. 241, pues en realidad se está aplicando la misma respuesta ante aquellas situaciones en las que se desencadena un episodio de maternidad biológica, en el que ante el “desconocimiento de la identidad del padre”, nunca se ha dudado de que es este único progenitor conocido (la madre) el sujeto que ha de disfrutar de la prestación por maternidad. La STSJ Madrid 23 diciembre 2014 (rec. 497/2014) concede la prestación de maternidad en un supuesto de maternidad subrogada entendiendo que se está ante una situación análoga a la de maternidad monoparental. Un comentario a la misma en HERRANZ HERGUEDAS, M.: “Derecho del padre a la prestación de (...)”

prestaciones si se dan los demás requisitos exigidos por la norma, argumentación avalada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, cuando nova el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, en el bien entendido sentido de que las prestaciones de maternidad conciernen a los menores en la medida en que son instrumentos jurídicos destinados a favorecer su atención y tutela, por lo cual es posible deducir de dicho precepto un principio general de protección del menor en todas las instituciones jurídicas, entre ellas lógicamente, las relacionadas con la Seguridad Social. La dificultad en concretar la filiación del menor no debe perjudicarle en otros ámbitos tutelares.

En definitiva, que no exista una filiación concretada no tiene que ser argumento para negar la concesión de las referidas prestaciones de Seguridad Social, pues la maternidad por subrogación conlleva las especiales relaciones entre “la madre, el padre y el hijo”, durante el período posterior al nacimiento del menor, que han de ser debidamente protegidas.

En fin, si no se reconociera el derecho a la prestación por maternidad en los supuestos de filiación a través de gestación subrogada por la vía del reconocimiento de documento extranjero se estaría dando pie a importantes supuestos de desprotección del menor y, con ello, mayores atentados contra el orden público que los que con una interpretación estricta se intentarían evitar⁷⁴.

5. CONCLUSIÓN. HACIA UNA PRUDENTE INTEVENCIÓN LEGISLATIVA SOBRE UNA SITUACIÓN ADMITIDA POR LA VÍA DE LOS HECHOS CAPAZ DE EVITAR EFECTOS COLATERALES INDESEADOS

La reconocida similitud, por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo y posteriormente por el propio INSS, permitiría integrar una laguna legal por la identidad de razón que se ofrece desde el momento en que se trata de dar protección por maternidad a quien ostenta la condición de progenitor de un menor por título jurídico diferente a la adopción o acogimiento pero idóneo por haber sido inscrita en el registro civil la filiación entre el menor y quien reclama la prestación⁷⁵.

La situación creada a raíz de la jurisprudencia social dictada sobre esta materia y su asunción por la Entidad Gestora al reconocer el derecho al subsidio por maternidad con cargo a la Seguridad Social española en los supuestos de hijos nacidos por gestación por sustitución con arreglo a la legalidad vigente en un país extranjero da sobradas muestras de la magnitud del problema, no en vano la maternidad por subrogación ha irrumpido como fenómeno social con diferente grado de encaje dentro de los distintos ordenamientos jurídicos comparados, haciendo tambalear conceptos como el orden público e intereses

maternidad: gestación por sustitución”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 178, 2015, BIB 2015/4135.

⁷⁴ SELMA PENALVA, A.: “Nuevas posiciones en torno a la maternidad subrogada”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 172, 2015, pág. 303.

⁷⁵ STSJ Cataluña 9 marzo 2015 (AS 2015, 954).

confluyentes: por una parte, el del menor, y, por otra, la protección de la mujer respecto a la mercantilización de su cuerpo y su organismo reproductor⁷⁶.

Dada la magnitud del foco de conflictividad generado, la maternidad por subrogación, como fenómeno familiar en expansión admitido desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado, debe ser afrontado por el legislador desde una posición constructiva, basada en la conexión entre gestación intencional y libre desarrollo de la personalidad, reconociendo los mismos derechos de conciliación que para el resto de progenitores con independencia de la vía por la que han conseguido serlo y optando por la aplicación de aquellas previsiones que sean más beneficiosas para el menor, máxime cuando la Conferencia Internacional de la Haya de Derecho Internacional Privado de 10 de marzo de 2012 mantiene una postura favorable al reconocimiento de las resoluciones extranjeras que declaran situaciones de maternidad subrogada por los Estados en los que se pretenda su eficacia aunque la regulación legal no la autorice o, incluso, la prohíba. Con ello se evitaría eludir una prohibición nacional como la actual, que es burlada por quienes tienen recursos económicos para asumir largos desplazamientos y estancias en Estados que permiten este tipo de gestaciones en perjuicio de la libertad de procreación de aquellas personas que ocupan una posición de mayor debilidad pecuniaria (turismo reproductivo)⁷⁷.

La prohibición de este tipo de contratos en el ordenamiento jurídico español y la admisión, sin embargo, de la inscripción en el registro civil de la filiación resultante, determinada en el extranjero a favor de los padres intencionales, conduce a la aceptación, de facto, del contrato vetado bajo una argumentación tuitiva del interés del menor pero consecuencia de una indeseable disfunción en el sistema que debe ser abordada por el legislador y regulada ponderando los intereses en juego, poniendo especial atención en la no concurrencia de vicios en el consentimiento y en garantizar que se proporcione la información necesaria a la mujer gestante sobre las consecuencias de su elección⁷⁸ y contando siempre con las necesarias condiciones sanitarias que garanticen la salud de la madre o del feto.

La apertura del elenco de supuestos protegidos deberá tener en cuenta que la posición de los progenitores en los casos de maternidad subrogada es similar a la que, también como progenitores, ocupan aquéllos que se hallan en supuestos de adopción o acogimiento e interpretar las normas sobre prestaciones de maternidad no solo a la luz de la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquella (art. 3.1 CC), sino, muy especialmente, a la vista del tenor de otros preceptos. En este contexto, y parafraseando la opinión mayoritaria de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, el hecho de que una Ley Civil prescriba la nulidad del contrato de maternidad por subrogación no elimina la situación de necesidad surgida por el nacimiento del menor y su inserción en determinado núcleo familiar; y tal situación de necesidad debe ser afrontada desde la perspectiva de las prestaciones de Seguridad Social procurando que esos hijos no

⁷⁶ LLORENS ESPADA, J.: “Nuevos retos de las prestaciones de la Seguridad Social por maternidad y paternidad”, *Lan Harremanak*, núm. 38, 2017, pág. 138.

⁷⁷ MOLINA NAVARRETE, C.: “Libertad de procrear, vida en familia y prestaciones de maternidad subrogada: impacto nacional de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 399, 2016, pág. 204.

⁷⁸ POLO GARCÍA, S.: “¿Gestación subrogada o vientre de alquiler?”, *Revista de Jurisprudencia. El Derecho*, mayo 2017.

vean mermados sus derechos, pues carece de sentido admitir la protección cuando nace un hijo fuera del matrimonio o como consecuencia de una relación sexual esporádica, pero rechazarla en supuestos como el presente.

Otra cosa es que deviene necesario evitar un peligroso efecto colateral: la posible existencia “granjas de mujeres” o “de mujeres a la carta”, sin recursos y desesperadas, dispuestas a arriesgar su vida y su salud física y mental, para sobrevivir gestando el hijo de otros. Esta deplorable realidad ha sido alertada por el propio Parlamento Europeo que ha condenado expresamente este tipo de prácticas por Resolución de 17 de diciembre de 2015 por el ataque que suponen a la dignidad de la mujer permitiendo la mercantilización de su cuerpo y de su función reproductiva, sobre todo teniendo en cuenta la especial incidencia que pueden tener en las mujeres más vulnerables de países en desarrollo, idea que sostiene igualmente el Comité de Bioética de España en el informe de 16 de mayo de 2017 y con mayor contundencia el Informe Anual de Derechos Humanos y Democracia en el Mundo de 30 de noviembre de 2015.

También es necesario soslayar una doble desigualdad que surge de la maternidad subrogada: de un lado, entre los hijos adoptados y los hijos gestados por subrogación, pues únicamente los primeros tienen garantizada la idoneidad de los adoptantes para el ejercicio de la patria potestad (arts. 175 y 176 CC y 10 Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional) y tienen derecho además a conocer sus orígenes biológicos (arts. 180.6 CC y 12 Ley 54/2007); de otro, entre la madre gestante que entrega el bebé a unos padres intencionales y la madre biológica que entrega su hijo en adopción, no en vano la primera renuncia a la patria potestad antes de la concepción del niño, sin posibilidad de arrepentimiento posterior, mientras el asentimiento de la madre biológica a la adopción de su hijo no se puede prestar hasta transcurridas seis semanas desde el parto (art. 177.2 CC en la redacción dada por la Ley 26/2015)⁷⁹.

Pese a la existencia de sólidos argumentos en contra⁸⁰, es necesario buscar *de lege ferenda* un equilibrio que garantice la dignidad de la madre gestante, los intereses de los menores nacidos fruto de estas prácticas y el deseo de ser padres de los sujetos comitentes, procediendo a una reflexionada regulación (tras el oportuno debate parlamentario que tenga en cuenta las consideraciones morales y éticas de la figura) de un “convenio de gestación por encargo” con el casuismo necesario para evitar abusos y el reconocimiento legal de la situación con las debidas garantías para los contratantes, la gestante y para los menores⁸¹.

O, por lo menos y por lo que aquí interesa, conviene configurar *ex novo* por el legislador el régimen jurídico de la prestación por maternidad eliminando el sesgo de género que todavía se mantiene en algunos aspectos con el fin de proteger también la técnica de la gestación por sustitución con los límites pertinentes, pues permite ser madres a quienes no gestan pero aportan sus células reproductoras (o no) y padres a quienes facilitan sus gametos

⁷⁹ ARAGÓN GÓMEZ, C.: “La legalización de facto de la maternidad subrogada”, cit., pág. 35.

⁸⁰ VELA SÁNCHEZ, A.J.: “¿En serio? Yo alucino con el comité: a propósito del Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada de 19 de mayo de 2017”, *Diario La Ley*, núm. 9035, 2017. O Informe Anual de Derechos Humanos y Democracia en el Mundo 2014, de 30 de noviembre de 2015, 2015/2229 (INI).

⁸¹ En tales términos, VELA SÁNCHEZ, A.J.: “A propósito del Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015”, *La Ley*, núm. 8600, de 8 de septiembre de 2015.

(o no) y conciban o no con los óvulos de la madre de alquiler, quien renuncia desde el momento mismo de la gestación a toda vinculación con el menor que está gestando atribuyendo así la categoría de madre/padre a quien suscribió el contrato, sin olvidar corregir también el tenor del art. 60 TRLGSS que reconoce el complemento por maternidad para las pensiones contributivas de jubilación, incapacidad permanente y viudedad, ceñido en la actualidad al nacimiento de hijos biológicos o adoptados⁸².

⁸² VICENTE PALACIO, A.: “Cambios sociales y prestación económica de maternidad (sobre la maternidad subrogada)”, cit., pág. 141.