VI - PREMIO FORELAB JÓVENES LABORALISTAS

Análisis de la Gestación Subrogada a la vista de los últimos pronunciamientos del Tribunal Supremo.

JOSE ALEJANDRO DE MIGUEL DIEZ.

Abogado laboralista en *Abdón Pedrajas y Molero*.

INDICE

RESUMEN-ABSTRACT.

I.- INTRODUCCIÓN.

II.- LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.

1. CONSIDERACIONES DE NATURALEZA CIVIL.

   1.1. Interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

   1.2. Interpretaciones de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo y de la Dirección General del Registro y Notariado.

2. CONSIDERACIONES DE NATURALEZA LABORAL.

   2.1. La suspensión del contrato de trabajo en los supuestos de gestación por sustitución.

      I.- Interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

      II.- Situación actual en el ordenamiento español.

   2.2. La prestación por maternidad.

      I.- Consideraciones generales.

      II.- Interpretación del Instituto Nacional de la Seguridad Social.

      III.- Doctrina judicial en torno a la gestación subrogada.

      IV.- Sala de lo Social del Tribunal Supremo: la concesión de la prestación por maternidad.

   2.3. El reconocimiento de otros derechos sociales.

III.- CONCLUSIONES Y OBSERVACIONES.

La humanidad sale más gananciosa
consintiendo a cada cual vivir a su manera
que obligándole a vivir a la manera de los demás.

JOHN STUART MILL.

RESUMEN-ABSTRACT.

The following abstract tries to shed light on the situation related to surrogacy arrangements in Spain, being this a very complex and multi-layered issue up for debate in many European countries. Gestational surrogacy contracts are illegal in Spain.

Fears of abuse and exploitation made most politicians in Spain avoid any political consideration regarding this issue, claiming that this method should stay just how it is nowadays: forbidden. Nonetheless, it is thought by many that it is exactly this lack of protection and legal regulation what provides arguments to those who think the practice should be regulated.

I will examine not only the situation in our country, but also how the rulings of the European Court of Human Rights have had a significant influence on this issue.

Though the European Court of Human Rights has currently avoided ruling on the question of prohibiting or authorizing surrogacy arrangements, it is clear that Courts of Law must take into consideration the best interests of the child when addressing maternity leave or maternity benefit.

****

El siguiente estudio analiza la gestación subrogada en España, cuestión especialmente compleja que actualmente se encuentra sujeta a debate en numerosos países europeos. La gestación subrogada es ilegal en España.

El miedo a la explotación de la mujer ha hecho que la mayor parte de los políticos en España evite cualquier consideración sobre el tema, afirmándose que esta práctica debería quedarse tal cual está: prohibida. Sin embargo, para muchos es precisamente la falta de protección legislativa lo que permite afirmar que esta técnica debería ser regulada.

Se examinará el marco jurídico en nuestro país y los fallos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, los cuales han tenido un gran impacto al respecto.

Por tanto, y a pesar de que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha evitado emitir un fallo en relación a si prohibir o autorizar la gestación subrogada, es evidente que los Juzgados y Tribunales deben tener en cuenta el interés superior del menor.

I.- INTRODUCCIÓN.

La familia es una institución social, y es por esto que debe explicarse y entenderse en la realidad socio-cultural en la que tiene lugar.

Según el art. 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la familia es un elemento natural que deviene fundamental para una sociedad, siendo por ello que el Estado le confiere protección especial; así lo dispone el art. 39.1 de la Constitución Española (en adelante, CE) cuando afirma que los poderes públicos deben asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia. Pero proteger la institución de la familia no significa preservarla y mantenerla inalterable; es una institución que se desarrolla en sociedad, y, por mor de ello, ha evolucionado en su concepto y regulación jurídica a lo largo de los siglos. Por tanto, se puede afirmar que el art. 39 CE protege la pluralidad familiar, alcanzando su protección no sólo a las familias con origen en el matrimonio, sino, también, a las familias extramatrimoniales, las homoparentales, las monoparentales y las familias que no tienen descendencia.

Del mismo modo, las vías a las que se recurre actualmente para configurar una familia también pueden ser diversas, no siendo la concepción tradicional el único método de configuración familiar. No son pocas las familias que se constituyen por acogimiento o adopción, así como tampoco lo son las que se sirven de métodos más alternativos, como las técnicas de reproducción asistida. Ahora, también puede servir de vehículo para formar una familia la denominada gestación subrogada, método que se puede definir como un acuerdo de voluntades en virtud del cual una mujer acepta portar en su vientre el hijo de otra persona o de una pareja, con el compromiso de que, una vez llevado a término el embarazo, entregará a aquélla o a aquéllos el recién nacido.

La gestación subrogada está prohibida expresamente en nuestro país, estableciéndose en el art. 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, LTRHA), que "*será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero*". No obstante, y a pesar de esta prohibición, lo cierto es que la gestación subrogada despliega efectos *de facto* de igual forma que lo hace el parto, el acogimiento o la adopción. Efectivamente, el hijo nacido por esta técnica forma un núcleo familiar con los padres intencionales, éstos le prestan atención y cuidado, y todos tienen relaciones familiares *de facto*. Surge una

familia, a pesar de que el instrumento utilizado para ello esté prohibido, y esta antinomia no puede resolverse si no es a través de la observación y ponderación de los intereses en juego.

Y es que las instituciones jurídicas, como la prestación por maternidad, no se construyen sólo desde la interpretación literal y sistemática de los textos jurídicos que las regulan. Es fundamental para su configuración observar la realidad social jurídicamente relevante, las opiniones de la doctrina jurídica y la jurisprudencia de los órganos judiciales que las interpretan. La familia por subrogación, que contiene dos preceptos aparentemente opuestos e incompatibles, debe analizarse a la vista de los distintos mandatos, normativos y jurisprudenciales, que inciden en su régimen jurídico, y sólo así es posible concluir que la gestación subrogada y la familia que se crea posteriormente son preceptos que perfectamente se pueden armonizar. Y es que toda norma debe interpretarse atendiendo a su espíritu y finalidad y a la realidad social del momento (art. 3.1 del Código Civil), recurriendo también, como no podía ser de otra manera, al derecho comparado que se de en el entorno socio-cultural más próximo. Los fallos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) que se han dictado sobre esta cuestión son, de hecho, determinantes para entender la situación actual en España.

Así las cosas, esta realidad jurídico-social pone de manifiesto un enfrentamiento palmario y evidente entre un ordenamiento jurídico que carece de cobertura normativa para los supuestos de gestación por sustitución y el número creciente de familias que, cualquiera que sea su forma de las hoy existentes, recurre a esta técnica para conseguir algo tan deseado por muchos como es tener un hijo. Este enfrentamiento, que los medios de comunicación han venido aireando en la prensa con una creciente notoriedad, tiene entidad o relevancia suficiente como para motivar al legislador a regular, por mucha oposición política que haya, la gestación por sustitución, so pena de seguir manteniendo un régimen jurídico que simplemente se limita a prohibir esta técnica y a ignorar los derechos de las mujeres gestantes, de los progenitores o padres intencionales y de los hijos nacidos mediante esta técnica de reproducción.

Donde hay sociedad, hay Derecho (*ubi societas, ubi ius*); este aforismo latino refleja la finalidad de la Norma, que no es otra que la de ordenar la convivencia en sociedad, en tanto el hombre es, ante todo, un ser social. Los pequeños cambios sociales que se han venido produciendo a lo largo de la historia han motivado siempre importantes reformas legislativas, obligando al Derecho a adaptarse, si bien la primera reacción a lo

nuevo suele ser la indiferencia y el rechazo; y más si proviene de un colectivo minoritario. En ese sentido, y en cuanto hace a las minorías sociales, cierto es que, antes de dar cobertura a sus derechos colectivos, es necesario reconocer su existencia; y es indiscutible que las familias configuradas por subrogación existen en nuestro país. Es más, el volumen actual de pronunciamientos judiciales al respecto es abundante, pudiéndose aseverar incluso, y en tanto todavía no se han producido significativos cambios legislativos o reglamentarios, que crecerá de manera vertiginosa en los próximos años, pese al reciente posicionamiento del Tribunal Supremo. Nótese que el Alto Tribunal se ha pronunciado respecto de los permisos y prestaciones por maternidad, pero no respecto del resto de derechos sociales que se reconocen por conciliación de la vida familiar y laboral.

Pues bien, estando así lo que hace a esta materia, sorprende que desde las esferas políticas se arguya la explotación de la mujer y la degradación de su dignidad para ignorar la situación y evitar toda medida que pueda arrojar luz sobre esta práctica, la cual, por mucho que intente negarse, afecta a numerosas familias[1]. Regular, es decir, ordenar la convivencia en sociedad, tal y como se infiere de aquel aforismo latino, es precisamente el único camino hacia la defensa y protección efectiva de los intereses concurrentes en los acuerdos de gestación subrogada, y no sólo los de las mujeres gestantes, sino, en la misma medida, los de los hijos así gestados y los de los padres intencionales que reciben a éstos últimos en su núcleo familiar[2].

La regulación de la gestación subrogada avanza en Europa y en el mundo, ¿por qué no en España?[3]

---

[1] Emilia Landaluce; "El debate de la maternidad subrogada divide a PP y PSOE", El Mundo, 29 de enero de 2017.

[2] Se aporta como **Documento Anexo nº 1** la Proposición de Ley de Ciudadanos, único partido político en España que apoya la regulación de la gestación por sustitución.

[3] Iván Ruiz Jiménez: "Así son las legislaciones sobre la maternidad subrogada en otros países del mundo", El Mundo, 28 de junio de 2017. En Portugal se está llevando a cabo un proceso de legalización de la gestación por sustitución, sólo para supuestos expresamente contemplados (mujeres que no hayan conseguido el embarazo tras sucesivos intentos por fecundación "in vitro"); Reino Unido admite la maternidad subrogada siempre que no medie beneficio alguno; en Canadá también está permitida, siempre que no haya compensación económica, salvo los gastos implícitos al embarazo; en Rusia se permite pero se les prohíbe expresamente a parejas homosexuales.

II.- LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.

1. CONSIDERACIONES DE NATURALEZA CIVIL.

1.1. Interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La jurisprudencia del TEDH resuelve tres casos que son extremadamente ilustrativos a la hora de analizar la gestación subrogada[4], y lo hace aplicando el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

En los tres casos que se tramitaron, ciudadanos europeos recurrían a la técnica de la gestación subrogada, después de haberlo intentado por otras vías, para tener descendencia y formar una unidad familiar; en los tres casos, los matrimonios europeos padecían problemas de fertilidad. Se estimaron sus pretensiones y se dejaron sin efecto las resoluciones nacionales que denegaban a los solicitantes la inscripción de sus hijos, todo ello fundamentándolo en la conculcación del art. 8 del Convenio Europeo referenciado.

Pero antes de estos fallos estimatorios del TEDH, estos matrimonios tuvieron que ver cómo se les negaba en sus países de origen la transcripción de los certificados de nacimiento que habían obtenido allí donde se tramitó la subrogación, lo que impedía el reconocimiento de la filiación de sus hijos. Es precisamente por esta razón que el TEDH tuvo en consideración los vínculos familiares *de facto*, argumentando que las decisiones judiciales de los países de origen no podían más que interpretarse como una injerencia de las autoridades en los derechos que garantizaba el art. 8 del Convenio Europeo referenciado. Por supuesto, no puede negarse que hay excepciones que permiten esta injerencia de la autoridad pública en el ejercicio del derecho a una vida privada y familiar, siempre que esté prevista por Ley, persiga un objetivo legítimo y sea necesaria para una sociedad democrática. No obstante, ello no significa que se pueda esgrimir el orden público como carta blanca para tomar cualquier medida[5]; hay que valorar las circunstancias concurrentes y tener en cuenta el interés superior del nacido, lo cual debe llevarse a buen término independientemente de la naturaleza del vínculo parental, genético u otro, en tanto que el art. 39.1 CE es claro cuando afirma que *"los poderes*

---

[4] Sentencia nº 2015/17 del TEDH, de 27 enero 2015 (caso Paradiso y Campanelli contra Italia); sentencia del TEDH, de 26 de junio de 2014, JUR 2014\176908 (caso Mennesson contra Francia); sentencia del TEDH, de 26 de junio de 2014, JUR 2014\176905 (caso Labassee contra Francia).

públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación".

Estas Sentencias del TEDH eran totalmente opuestas a la que dictaría posteriormente la Sala Primera del Tribunal Supremo español, y por mor de ello, no tardarían en suscitarse intensos debates en nuestra doctrina judicial y científica. Los fallos del TEDH sirvieron para rearmar los movimientos que venían promoviendo desde hacía años el reconocimiento en España de los hijos que hubiesen nacido en el extranjero a través de esta técnica, y de la misma forma se manifestó la Circular de 11 de julio de 2014 de la DGRN, la cual mantenía que la Instrucción dictada por la DGRN cuatro años antes, el 5 de octubre de 2010, conservaba su vigencia plena e intacta, aun a pesar del contundente fallo de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en tanto se entendía, y así se estableció expresamente, que la doctrina civilista del Alto Tribunal se había visto afectada precisamente por la doctrina que ofrecía el TEDH.

De hecho, la Sentencia nº 5214/2015 del Tribunal Superior de Justicia (en lo sucesivo, TSJ) de Cataluña, de fecha 15 septiembre (AS 2015\2019), reproduce el informe de la Circular de la DGRN y pone de relieve que "*la Instrucción de 5 de octubre de 2010 por lo que debe seguir siendo aplicada por los Registros Civiles españoles a fin de determinar la inscribibilidad del nacimiento y filiación en los casos que entran en su ámbito de aplicación, sin que la Sentencia de la Sala de lo Civil del TS de 6 de febrero de 2014 constituya un obstáculo legal para ello (...)*".

Con todo, así es como se ha llegado a la situación actual, anómala e incierta donde las haya, en tanto, ante la falta de una regulación clara y concisa al respecto, se permite la inscripción de los menores gestados mediante esta técnica, así como su protección social, a base de sentencias y de Circulares e Instrucciones de la DGRN, generándose así una incertidumbre jurídica difícilmente superable si no interviene el legislador español.

1.2. Interpretación de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros y Notariado.

Hacia finales del 2009, un matrimonio español solicitó al Registro Civil Consular de España la inscripción de sus dos hijos, nacidos en California mediante la técnica de gestación subrogada. El Encargado del Registro denegó esta solicitud e, invocando el art. 10.2 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, argumentó que la mujer que dio a luz a los niños era la que tenía que ser considerada como la madre legal de aquéllos. Los interesados

interpusieron recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, DGRN) y el 18 de febrero de 2009 se dictó **Resolución** por la que se estimaba el recurso interpuesto por el matrimonio español, considerándose que la inscripción de los menores se basaba en lo acreditado mediante certificación registral extranjera, que es donde constaba el nacimiento y la filiación de los nacidos; se aplicó el principio de validez extraterritorial de decisiones extranjeras que se desprende de las normas jurídicas españolas de acceso al Registro Civil, no debatiéndose, en consecuencia, las normas sustantivas o de conflicto que determinaban la filiación[6].

Esta Resolución de la DGRN fue calificada por una gran parte de la doctrina científica de ingeniosa y "pionera", por explorar nuevos caminos metodológicos, pero, en sentido contrario, no faltaron quienes se opusieron a esta interpretación. La Ley del Registro Civil, la de 1957, que estuvo vigente hasta el pasado 30 de junio de este año, era más rígida que la actual Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. De hecho, el actual art. 96 de la Ley dispone que la inscripción de las resoluciones judiciales extranjeras, así como las resoluciones pronunciadas por autoridades extranjeras no judiciales, se podrá instar previa superación del trámite del *exequátur* contemplado en la Ley de Enjuiciamiento Civil o ante el Encargado del Registro Civil. En este último caso, el Encargado tendría que verificar la concurrencia de una serie de requisitos, de los cuales se infiere que el control de legalidad a realizar por el Encargado no incluye la facultad de examinar si la solución jurídica dada es como la que se habría alcanzado a través de la aplicación de la normativa española, sino que simplemente, y siempre que se respetase el orden público, se tendría que limitar a registrar una filiación ya determinada legalmente conforme a una legislación extranjera vigente[7].

Posteriormente, la DGRN dictó una **Instrucción**, de fecha 5 de octubre de 2010, sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, por la que delimitaba más específicamente su anterior Resolución y exigía para la inscripción del nacimiento del hijo concebido mediante esta técnica la resolución judicial dictada por el Tribunal competente, que es lo que sería determinante de la filiación al ejecutarse en España mediante exequátur.

---

[6] Sentencia nº 881/2016 del Tribunal Supremo, de 25 de octubre del 2016 (RJ 2016/6167).

[7] Susana Polo García: ¿Gestación subrogada o vientre de alquiler?; LEFVBRE – EL DERECHO, Revista de Jurisprudencia.

Luego, cuatro años después, fue dictada por la **Sala Civil del Tribunal Supremo** una sentencia, de fecha 6 de febrero de 2014, que, siendo tan contundente como es, llegó a conclusiones opuestas y consideró que "*atribuir la condición de padres al matrimonio que contrató la gestación por sustitución con una mujer que dio a luz en dicho estado 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 (...)*". La Sala Primera del Alto Tribunal también dictaría un Auto el 2 de febrero de 2015, una vez el TEDH había dictado ya dos sentencias al respecto, arguyéndose, precisamente, que las sentencias del Tribunal de Estrasburgo no eran aplicables por las grandes diferencias existentes entre los supuestos enjuiciados; cierto es que el citado Auto tuvo voto particular suscrito por cuatro de los Magistrados que integraban la Sala, los cuales, discrepando del fallo finalmente adoptado, entendieron que no se había tenido en consideración el interés superior del menor, y que, del mismo modo, se había ignorado la incertidumbre jurídica que la situación generaba y que iba a seguir generando en tanto no se diera una respuesta coherente y transparente al problema[8].

No obstante, resulta que esta doctrina de la Sala Civil del Tribunal Supremo quedaría afectada en cierta medida por la emanada del Tribunal de Estrasburgo, siendo dicha doctrina, junto con la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, la realidad con la que se encuentran actualmente los ciudadanos españoles que quieren recurrir a esta técnica. Así lo reseñaría más adelante, el 11 de julio de 2014, la Circular de la DGRN, viéndose todo ello más consolidado aún a partir de las Sentencias que terminaría dictando la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a finales del 2016, más afines a la doctrina del TEDH y su llamamiento a tener en consideración la vida privada de los menores nacidos mediante la gestación por sustitución.

Se puede concluir, en efecto, que hoy en día se permite la inscripción de los nacidos mediante esta técnica, siempre que el acuerdo de gestación subrogada, y atendiéndose a la finalidad de dotar de plena protección jurídica al menor así gestado, se hubiera llevado a cabo en un país en el que se permitiese esta técnica, que uno de los progenitores fuese español y que existiese una orden o resolución judicial; en los demás casos se deniega. La exigencia de una resolución judicial atiende precisamente a la finalidad de garantizar la protección de los intereses del menor y de la mujer gestante, de suerte que, a través de aquélla, se permite, por un lado, constatar que no existe simulación en el acuerdo de

[8] Auto de la Sala, de 2 de lo Civil del Tribunal Supremo febrero 2015 (RJ 2015\141)

gestación por sustitución que encubra tráfico de menores, y, por otro, verificar la capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante, es decir, su capacidad de prestar su consentimiento sin ser sometida a engaño, violencia o coacción en el ejercicio de su libertad y voluntad individual[9]. Al fin y al cabo, una libertad bien ejercida es aquélla que nace de uno mismo y de la que nadie debería poder disponer, con todas las responsabilidades y deberes que ello implica, por supuesto; conviene recordar que todos, como decía Jean-Paul Sartre, "estamos condenados a la libertad"[10].

2. CONSIDERACIONES DE NATURALEZA LABORAL.

2.1. La suspensión del contrato de trabajo en los supuestos de gestación por sustitución.

I.- Interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

El artículo 48 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET), en sus apartados cuarto, quinto, sexto y séptimo, protege la maternidad y la paternidad, aplicándose esta protección, debido a los cambios que ha experimentado la familia como institución, no sólo a los supuestos de parto, sino, también, a los supuestos de adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento. Este precepto regula el permiso al que acceden los trabajadores una vez se convierten en padres, permitiéndose, así, además del descanso de la madre en caso de alumbramiento (el cual, dicho sea, es obligatorio), una atención del menor adecuada que facilite su integración en el núcleo familiar que se configura[11]. La situación de maternidad produce la suspensión del contrato de trabajo, y, trayendo causa en ello, se establece una prestación económica para compensar la pérdida de retribución durante el tiempo que dure dicha suspensión. La gestación subrogada, como situación jurídica que puede desplegar este tipo de efectos, no figura expresamente en el art. 48 ET como uno de los supuestos protegidos, lo que ha llevado a resolver el asunto en sentido contradictorio en numerosas ocasiones.

Si bien el criterio que se opone a la concesión de la prestación por maternidad en supuestos de gestación subrogada ha sido y es abiertamente minoritario, la denegación por el empresario del permiso no lo ha sido tanto.

---

[9] Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010.

[10] Fernando Savater: "Ética para Amador"; Ed. Ariel; págs. 65, 66 y 67.

[11] Salvador del Rey Guanter (Director): "Estatuto de los trabajadores: comentado y con jurisprudencia", Ed. La Ley; 3ª Edición; págs. 981 y ss.

Prima facie, podría entenderse que, al darse una situación de maternidad *de facto*, el permiso debería reconocerse también en los supuestos de gestación por sustitución, en tanto la situación podría compararse análogamente a la adopción o al acogimiento. Sin embargo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE), en sus sentencias del 18 de marzo de 2014[12], estableció que los Estados miembros no estaban obligados, en virtud del artículo 8 de la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre, a conferir a las trabajadoras subrogantes, es decir, a las madres intencionales que hubieran tenido un hijo mediante la técnica de la gestación por sustitución, un permiso por maternidad. Se argumentó, para sostener este posicionamiento, que el permiso de maternidad previsto en la Directiva protegía la condición biológica de la mujer durante y tras el embarazo, así como las relaciones entre la mujer y su hijo durante los primeros meses de vida. Es decir, la Directiva reducía la maternidad a la gestación, a haber estado embarazada o haber dado a luz.

A la vista de la jurisprudencia emanada del TJUE, en tanto que en los supuestos de gestación subrogada los padres intencionales nunca van a poder estar embarazados o dar a luz, podría concluirse que a estos trabajadores no les correspondería el disfrute del permiso de maternidad. Ciertamente, esta jurisprudencia marcó el devenir de muchas de las decisiones judiciales de los Tribunales españoles, pero también planteaba más preguntas que respuestas resolvía: ¿qué pasaría en el supuesto de dos padres intencionales varones, los cuales, por cuestiones biológicas evidentes, no podrían quedarse embarazados y dar a luz a los concebidos mediante la técnica de la subrogación? O, en el mismo sentido, ¿qué pasaría en los casos de adopción, en los que, de igual forma, los padres no experimentan el embarazo ni dan a luz?

Lo curioso es que esta última cuestión ya había sido aclarada por el TEDH, el cual se pronunció al respecto en su sentencia nº 2013\93, de 14 de noviembre de 2013 (Caso Topic-Rosenberg contra Croacia). En este supuesto, se le había negado a una trabajadora el permiso de maternidad por no ser la madre biológica del menor; la trabajadora era madre adoptiva, y, en tanto la legislación nacional aplicable no reconocía este permiso en los casos de adopción, se entendió que procedía la denegación del permiso. A *sensu contrario*, el Tribunal de Estrasburgo consideró que el permiso parental estaba dentro del ámbito de aplicación de los arts. 8 y 14 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, concluyendo que la denegación del mismo era discriminatoria en la medida en la que el fin último del permiso, que era el permitir el

[12] Asunto C-363/12, TJCE 2014, 112 y asunto C-167/12, TJCE 2014, 113.

cuidado del hijo y su integración en la familia, era el mismo tanto en el caso de la adopción como en el del alumbramiento o parto.

Al hilo de lo anterior, señalar que nuestra legislación, ya por aquel entonces, era más favorable, pues reconocía el permiso tanto en los casos de maternidad por parto como en los derivados de adopción o acogimiento, y en tanto la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre, era de contenido mínimo, era posible que España, al contener una normativa más favorable a aquélla, decidiese no aplicar la jurisprudencia del TJUE. Aun así, al no tratarse de un derecho automático, cierto es que el empresario, en base a la doctrina del TJUE y de la Sala Civil del Tribunal Supremo, podía seguir sin reconocer a los padres intencionales el permiso que regula el art. 48 ET.

II.- Situación actual en el ordenamiento español.

A raíz de la postura jurisprudencial firme de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, el empresario, en caso de oponerse al permiso que pretendiera disfrutar el trabajador que recurriese a la gestación subrogada para configurar su familia, estaría asumiendo un riesgo que se ha visto considerablemente incrementado en los últimos años. Y es que es importante tener en cuenta, a estos efectos, que el Tribunal Supremo ha terminado apartándose, en esta cuestión, de lo resuelto por el TJUE, en la medida en la que no se impide que los ordenamientos jurídicos internos puedan mejorar la normativa europea y reconocer derechos no contemplados a nivel comunitario, que es lo que sucedería en el caso de España[13].

Así es como se consolida jurisprudencialmente en los casos de gestación subrogada el derecho a la suspensión del contrato de trabajo y su correspondiente prestación económica, pareciendo que se cierra la puerta a posibles denegaciones del derecho que se justifiquen en la doctrina del TJUE[14]. El Derecho de la Unión limita el permiso sólo a los supuestos de maternidad por parto, pero, teniendo España una normativa más favorable que se extiende a los supuestos de adopción y acogimiento, el Tribunal Supremo ha terminado dando virtualidad a la aplicación analógica del derecho en los supuestos de gestación por sustitución, en tanto, se insiste, la normativa europea constituye una garantía de mínimos susceptible de ser mejorada por la legislación interna de los Estados miembros. Y es que, en efecto, y a diferencia de la doctrina del TJUE, en España no se

[13] Sentencia nº 881/2016 del Tribunal Supremo, de 25 octubre del 2016; F.J. Décimo.

[14] Mª José Cervilla Garzón: "Gestación subrogada y derecho a prestación por maternidad. A propósito de la Sentencia del Tribunal"; Revista Aranzadi Doctrinal nº 4/2017.

reduce la maternidad sólo al embarazo y al alumbramiento, sino que se protege en un sentido más amplio y flexible, para lo cual se distingue entre el origen biológico, que es de carácter irrenunciable, y lo que es el ejercicio de la maternidad, a lo cual sí que se puede renunciar[15].

La mujer gestante renuncia a todo ello, bien es necesario apuntalar que la misma no comparte con el nacido origen biológico alguno respecto del que renunciar, en tanto no es ella la que aporta el material genético. Así, son los que asumen los deberes de cuidado y protección de los nacidos, que son los que, también, comparten con el menor ese origen biológico que se referenciaba, los que debieren erigirse como beneficiarios de estos derechos sociales.

Luego, trabajador y empresario, en su intento de armonizar y garantizar sus propios intereses, no pueden perder de vista ese espacio común de flexibilidad y debate que debe existir entre ellos, pues, de hacerlo, se pueden originar controversias innecesarias que socaven la confianza en la que se sustenta toda relación laboral. No son pocos los casos en los que el empresario, agarrándose a una jurisprudencia ya superada, se opone a la suspensión del contrato en los casos de gestación subrogada, para luego, por ese claro posicionamiento del Tribunal Supremo, tener que finalmente reconocerla.

El empresario debe tener esto en consideración y atender las necesidades de conciliación de sus trabajadores, evitando así esa unilateralidad automática con la que se actúa en numerosas ocasiones; y es que negar el permiso del art. 48 ET en estos supuestos impide a los padres intencionales disfrutar de la suspensión del contrato de trabajo en los plazos legalmente contemplados para ello, dado que, al tener que recurrir a la jurisdicción social para que se les reconozca su derecho, no pueden acceder a los permisos en las semanas inmediatamente siguientes a la fecha del parto, con todo lo que ello supone a efectos de conciliación familiar.

2.2. La prestación por maternidad.

I.- Consideraciones generales.

El punto de partida no puede ser otro que el de delimitar el concepto de maternidad, máxime cuando no hay definición jurídica unánime que lo defina. Se trata de un concepto que, paralelamente al de familia, también ha ido adaptándose a la realidad social del

[15] Sentencia nº 1201/2014 del TSJ de Madrid, de 23 diciembre de 2014 (AS 2015\406); F. J. Tercero.

momento. Nuestro ordenamiento entiende la maternidad como el estado de madre, pero que no ineludiblemente requiere del previo hecho del alumbramiento, pudiéndose equiparar la maternidad natural, por tanto, a la maternidad que se configura mediante la adopción o el acogimiento. Efectivamente, el legislador español protege de igual forma todos estos supuestos de maternidad, generándose en ellos el derecho a la suspensión del contrato de trabajo que referencia el art. 48 ET y el derecho a percibir la correspondiente prestación por maternidad que regula el art. 177 de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, LGSS).

Puede afirmarse, en consecuencia, que en nuestro ordenamiento jurídico la condición de progenitor no la ostentan sólo los sujetos que han contribuido a la concepción o han dado a luz al nacido. A estos efectos, cabe preguntarse entonces si la filiación es determinante para la prestación por maternidad, o si, por el contrario, lo es el deber de atención y cuidado del menor. En ese sentido, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo concluye que la legalidad o no de la inscripción registral de los menores no es elemento definitivo para valorar y ponderar la cuestión relativa a la concesión de la prestación por maternidad; ello tiene sentido, pues de lo contrario las prestaciones por maternidad podrían acabar reconociéndose, no a los progenitores intencionales, sino a la mujer gestante, pues la filiación de los hijos nacidos mediante subrogación se podría determinar, *prima facie* y en virtud del principio romano *mater semper certa est* al que se acoge la LTRHA, por el parto. Sin embargo, esta disposición hoy en día ciertamente no se aplica, tal y como resolvió aquella Resolución de la DGRN del 18 de febrero de 2009, lo cual no sorprende, pues la mujer gestante, como indicábamos más arriba, ni asume deberes de cuidado y protección del menor ni comparte con éste origen biológico alguno.

Así, la casi mayoría de los TSJ de nuestro país, en efecto, conceden a los padres intencionales la prestación por maternidad, y no sólo porque son los progenitores del menor, sino porque asumen también las obligaciones de cuidado del mismo. Todo ello en cumplimiento de lo que advirtió la propia Sala Primera del Tribunal Supremo, según la cual es necesario permitir el desarrollo de los vínculos familiares típicos que se configuran en todo núcleo familiar[16]; desde luego, no puede negarse que la concesión de la prestación por maternidad atiende a este mandato del Alto Tribunal, así como también

[16] Cristina Aragón Gómez**: "**La legalización *de facto* de la maternidad subrogada. A propósito de los recientes pronunciamientos de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo respecto a las prestaciones por maternidad" (BIB 2017\11072); Revista de Información Laboral nº 4/2017; Ed. Aranzadi.

a los de protección del menor y de conciliación familiar que emanan del Tribunal Constitucional.

II.- Interpretación del Instituto Nacional de la Seguridad Social.

Nuestro Derecho prohíbe expresamente la gestación por subrogación, pero, al mismo tiempo, el ET y la LGSS contemplan la protección de la maternidad sin mayores restricciones, haciéndose, en ese sentido, una interpretación flexible y amplia del precepto. Estos dos bloques normativos no están enfrentados y no hay razones para que sean excluyentes, sino que obedecen a lógicas diversas y heterogéneas, siendo el intérprete el que debe armonizar del modo más coherente posible ambos bloques. Las normas no son elementos aislados; se integran conjuntamente en un ordenamiento jurídico determinado, y es ahí donde deben resolverse los vacíos normativos que resulten de su articulado.

No obstante, el Instituto Nacional de la Seguridad Social (en adelante, INSS) siempre se ha manifestado en contra del reconocimiento de la prestación por maternidad en los casos de gestación por sustitución, esgrimiendo para ello la nulidad del convenio de gestación por sustitución y las argumentaciones del Tribunal Supremo en relación a la inscripción de la filiación en el Registro Civil. En efecto, la Entidad Gestora arguye que las situaciones protegidas por la LGSS son la maternidad natural, la adopción, la guarda con fines de adopción y el acogimiento, y que el contrato de gestación por sustitución es nulo y fraudulento, no siendo posible, en consecuencia, que nazca el derecho de permiso por maternidad y su correspondiente prestación. En esencia, se argumenta que una situación nula de pleno derecho no puede desplegar efecto alguno[17], olvidándose, de forma un tanto artificiosa a juicio de quien suscribe el presente estudio, que existen en nuestro sistema legal negocios jurídicos afectados de nulidad que pueden desencadenar plenos efectos, tal y como sucede, por ejemplo, cuando se le reconoce al trabajador su derecho a salario por el tiempo ya trabajado a pesar de que el contrato resultase nulo (art. 9.2 ET)[18].

Por tanto, que una norma civil contemple la nulidad del contrato de gestación por subrogación no elimina el hecho de que surge, por el nacimiento del menor, una situación de necesidad que debe ser atendida. Nada impide separar esa nulidad del contrato de los efectos propios de la filiación declarada judicialmente por un juez extranjero, dado que

[17] M. J. Moreno Pueyo: "Maternidad subrogada y prestación de maternidad", cit., págs. 21 y ss.

[18] Sentencia del Tribunal Supremo, de 17 julio de 2000 (RJ 2000\9643).

los efectos se derivan no tanto del contrato sino de la resolución judicial extranjera que termina atribuyendo la filiación a los progenitores intencionales[19].

Ignorar estas circunstancias a la hora de interpretar la norma podría llevar al absurdo de crear más litigiosidad que entendimiento en cuanto a las necesidades familiares que surgen se refiere.

III.- Doctrina judicial en torno a la gestación subrogada.

En primer lugar, señalar que este tipo de procedimientos, donde se discute la procedencia de la prestación por maternidad, no tiene como objeto determinar la filiación, ni tampoco decidir si una filiación determinada en virtud de una certificación registral extranjera puede o no acceder al Registro Civil español; se trata de discernir si los progenitores subrogantes tienen o no derecho al disfrute de las prestaciones asociadas a la maternidad.

Son pocas las resoluciones judiciales que han abogado por denegar a los padres subrogantes la prestación por maternidad, pero cierto es que estas resoluciones judiciales, aun siendo minoritarias, suponen un cuerpo judicial notorio[20]. Estos Juzgados y Tribunales esgrimían en sus fallos, para motivar su decisión de denegación de la prestación, la ilicitud del contrato de gestación por sustitución y su carencia de efectos en el ordenamiento jurídico. Es importante señalar en este punto que estos fallos no se adentraban, en su fundamentación jurídica, en el fondo del asunto, omitiéndose así el estudio y la ponderación que, en estos casos, debería haberse hecho sobre los aspectos e intereses en juego[21]. Sin embargo, y en tanto el Tribunal Supremo se ha manifestado ya hasta en tres ocasiones al respecto, podría afirmarse que la concesión de la prestación por maternidad en estos casos es ya una cuestión unificada y consolidada, siendo poco probable, en consecuencia, que se falle en su contra.

Efectivamente, la mayor parte de los órganos judiciales españoles lo que vienen haciendo, incluso antes de la jurisprudencia unánime sentada al respecto por el Alto

---

[19] Sentencia del Juzgado de lo Social nº 26 de Barcelona, de 7 marzo 2016 (AS 2016\802).

[20] Sentencia nº 944/2014 del TSJ del País Vasco, de 13 mayo de 2014 (AS 2014\1228); sentencia nº 612/2014 del TSJ de Madrid, de 7 julio de 2014 (JUR 2014\244222); sentencia nº 319/2015 del TSJ de Andalucía, de 4 febrero de 2015 (AS 2015\720).

[21] Nueva revista española de derecho del trabajo, ISSN 0212-6095, Nº. 178, 2015, págs. 337-344

Tribunal, es reconocer a los progenitores subrogantes su derecho a la prestación por maternidad[22]. Pero cierto es que la línea doctrinal que se seguía en nuestro país adquirió más firmeza aún a partir de la Sentencia nº 881/2016 del Tribunal Supremo, de 25 octubre de aquel año, pues fue ésta la primera sentencia del Alto Tribunal que acabó reconociendo el derecho a la prestación por maternidad en estos casos.

La Sala de lo Social, en una sentencia anterior donde desestimaba el recurso de casación para la unificación de doctrina presentado por el INSS, por concurrir diferencias importantes que impedían apreciar el requisito de contradicción necesario, empezó a disponer, a pesar de no entrar en el fondo del asunto, las bases sobre las que posteriormente construiría su doctrina favorable a la concesión de la prestación por maternidad[23]. Y, en efecto, unos días después, el 25 de octubre de 2016, todo cambiaría; así es como llegó la Sentencia del Tribunal Supremo referenciada, la nº 881/2016, no siendo ésta la única que se dictaría al respecto[24].

IV.- Sala de lo Social del Tribunal Supremo: la concesión de la prestación por maternidad.

La piedra angular de este estudio es efectivamente la prestación por maternidad, institución jurídica que tiene la finalidad de favorecer la conciliación de la vida laboral y familiar, que es un mandato de naturaleza constitucional asumido ya por múltiples pronunciamientos de nuestra jurisprudencia, tanto ordinaria como constitucional. En efecto, el Tribunal Constitucional, en un supuesto en el que se enjuiciaba un derecho vinculado al interés de un menor (el derecho a la reducción de jornada del art. 37.6 ET), afirmó, en su sentencia 3/2007, de 15 de enero, que había que dar un paso más en el cumplimiento de lo regulado normativa o convencionalmente, poniendo de manifiesto que "*el análisis que corresponde efectuar a los órganos judiciales no puede situarse*

[22] Sentencia nº 1930/2017, de 17 marzo de 2017, del TSJ de Cataluña (JUR 2017\122458); Sentencia nº 1186/2017, de 15 febrero de 2017, del TSJ de Cataluña (JUR 2017\109857); Sentencia de 4 noviembre 2016 del TSJ de Islas Canarias, Las Palmas (AS 2016\1753); Sentencia nº 44/2017, de 18 enero de 2017, del TSJ de Madrid (AS 2017\128).

[23] Sentencia nº 897/2016 del TS, de 19 octubre de 2016 (RJ 2016\5400): *"(…) resulta claro que aunque la maternidad por sustitución no tiene en el Derecho de la Unión la misma protección que la maternidad natural, esta circunstancia no sería óbice para que el Derecho español pudiera atribuirle la misma consideración (…)*".

[24] Sentencia nº 953/2016 del TS, de 16 noviembre de 2016 (RJ 2016\6152); sentencia nº 1022/2016 del TS, de 30 noviembre de 2016 (RJ 2016\6516); sentencia nº 1021/2016 del TS, de 30 noviembre de 2016 (RJ 2016\6514).

exclusivamente en el ámbito de la legalidad, sino que tiene que ponderar y valorar el derecho fundamental en juego". Así, el mandato constitucional de protección de la familia y de la infancia, a los efectos de asegurar el ejercicio de la patria potestad y preservar el interés del menor, prevalece y sirve de orientación para aquellos casos en los que surja cualquier tipo de duda interpretativa, lo que, necesariamente, lleva a ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso, incluidos los relativos a la gestación subrogada.

Y es que cuando se estudia el alcance de derechos vinculados a la existencia de un menor, "*los órganos judiciales no pueden ignorar la dimensión constitucional de la cuestión"*[25], siendo imprescindible, por no decir inexcusable, valorar el interés de aquél en consonancia con los distintos preceptos normativos que lo protegen. Nótese que, en virtud del art. 39.2 CE, los poderes públicos deben asegurar, además de la protección de la familia, "*la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación*". Por tanto, el reconocimiento del derecho al descanso y la prestación por maternidad, haciendo una interpretación conjunta del art. 14 CE y del art. 39.2 y 3 CE, implica un claro cumplimiento de estos mandatos constitucionales[26].

Está fuera de toda duda, por lo tanto, que uno de los objetivos últimos de la prestación por maternidad es, precisamente, el cuidado o atención del menor, además de, por supuesto y en su caso, el descanso por el hecho del parto, el cual es obligatorio para la mujer. Se podría afirmar, entonces, que la prestación tiene una finalidad doble; por un lado, garantizar la salud y la recuperación de la madre con posterioridad al alumbramiento (cuando lo haya), y, por otro, proteger los vínculos afectivos que se forjan entre los progenitores y su hijo.

En los supuestos de parto, el art. 48.4 ET reconoce un derecho a suspender el puesto de trabajo, con reserva del mismo, durante dieciséis semanas ininterrumpidas. Este periodo de suspensión, además de poderse distribuir como se considere a opción de la interesada, también puede ser disfrutado, si así lo considera la madre, por el padre o por los dos de forma simultánea o sucesiva. Pero no obstante lo anterior, las seis semanas inmediatamente posteriores al parto constituyen un descanso de obligado cumplimiento para la madre. Es evidente, a la vista de esto, que el periodo de dieciséis semanas de

[25] Sentencia nº 3/2007 del Tribunal Constitucional, de 15 enero de 2007 (RTC 2007\3).

[26] Sentencia nº 1022/2016 del Tribunal Supremo, de 30 de noviembre de 2016 (RJ 2016/6516).

descanso por maternidad y su correlativa prestación de la Seguridad Social tienen, como se referenciaba, una palmaria y más que manifiesta doble finalidad.

Ahora bien, cuando los padres son dos hombres, o cuando habiendo un progenitor o dos no hay alumbramiento, es evidente que ese periodo de descanso de dieciséis semanas tiene sólo la finalidad última de garantizar la convivencia y el contacto permanente entre los progenitores y el hijo, y no facilitar el descanso después del parto, pues en estos supuestos, como a nadie escapa, no se produce.

Por lo que se refiere a esta valoración, el art. 3.2 del RD 295/2009 también contempla los casos de fallecimiento de la madre biológica tras el parto, en los cuales, en caso de supervivencia del menor, se opta por la transferencia de la prestación económica por maternidad al padre, siendo compatible ésta con el subsidio por paternidad. Lo mismo se contempla en el art. 48.4 ET, admitiéndose de igual modo la posibilidad de transferir el derecho la permiso por maternidad al padre, tanto en el supuesto de fallecimiento de la madre como en el supuesto de que la madre no tuviese derecho a suspender su actividad profesional.

Todo ello impide negar la naturaleza doble del derecho. Es más, podría incluso parecer que es precisamente el cuidado del nacido, y no el descanso de la madre, el elemento principal de la prestación, en tanto no sólo se atribuye a la madre la condición de beneficiario de la prestación, sino también, como se ha referenciado, al padre. Y, en ese mismo sentido, también es cierto que la protección se ha ampliado a supuestos en los que no hay alumbramiento: el art. 48.5 ET reconoce también, en los mismos términos, la suspensión del contrato de trabajo en los supuestos de adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento.

Con todo, negar la concesión de la prestación por maternidad en los supuestos de gestación subrogada, atendiendo a esta naturaleza que se viene referenciando, parecería ciertamente incoherente y torticero, no sólo por la discriminación de los menores así nacidos que se estaría aceptando implícitamente, sino porque, en efecto, de lo que se trata es de facilitar que los progenitores, independientemente de cómo hubiesen adquirido éstos tal condición, forjen con su hijos los vínculos emocionales y familiares necesarios para una saludable constitución del núcleo familiar.

Además de todo lo anterior, también es importante referenciar que el RD 295/2009 es un texto normativo que va un poco más lejos y extiende su protección, no sólo a los casos de adopción o acogimiento, sino "*a aquéllas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y el acogimiento preadoptivo, permanente o simple, cuya duración no sea inferior a un año*". Por lo tanto, la realidad objeto de estudio, y al margen del negocio de gestación por sustitución, parece que estaría contemplada por nuestra normativa, especialmente si en caso de duda interpretativa recurrimos al mandato de "prevalencia" y de "orientación interpretativa" que emana de la doctrina constitucional, ello en el sentido de que las decisiones judiciales deben respetar "*la adecuación al logro de los valores, bienes y derechos constitucionales*"[27]. Estos mandatos, puestos en relación con la regulación que hace la LGSS, la cual no es especialmente restrictiva, en tanto que no prevé pero tampoco excluye la gestación subrogada, permitirían afirmar que el carácter ilegal de una filiación no justifica ningún trato diferenciado en sus efectos de Seguridad Social.

En definitiva, y esto así lo ha entendido nuestro Tribunal Supremo, ampliar el elenco de supuestos protegidos permite cierta flexibilidad interpretativa, en virtud de la cual podría pensarse que la situación en la que se encuentran los progenitores en los casos de gestación por sustitución es igual a la que, también como progenitores, ocupan aquéllos que se hallan en supuestos de adopción, acogimiento o maternidad por parto.

Con todo, es necesario observar que, de no otorgarse finalmente la prestación por maternidad, atendiendo a esa doble finalidad que tiene, según se ha esgrimido y razonado en el presente análisis, se estaría produciendo una discriminación en el trato del menor nacido por la técnica de la gestación por sustitución, conculcando, así, lo establecido en los arts. 14 y 39.2 CE, máxime cuando el Tribunal Constitucional ha equiparado todas las distintas formas de filiación que pueden darse[28]. Todos los hijos son iguales ante la ley, con independencia de su filiación, por lo que, desde luego, no parecería muy coherente, dicho sea a título ilustrativo, admitir la protección cuando un hijo nace fuera del matrimonio o como consecuencia de una relación sexual esporádica, pero rechazarla en supuestos de gestación subrogada.

---

[27] Sentencia nº 95/2000 del Tribunal Constitucional, de 10 abril de 2000 (RTC 2000\95).

[28] Sentencia nº 4766/2016 del TSJ de Cataluña, de 19 julio de 2016 (JUR 2016\208689).

2.3. El reconocimiento de otros derechos sociales.

En España no se incluye la gestación subrogada en los supuestos protegidos de maternidad, pero tampoco se excluye[29], y es precisamente en virtud de ello que parece necesario realizar una "interpretación generosa" de la normativa, lo que permitiría extender las distintas medidas de la legislación laboral a los sujetos que asumen las obligaciones propias de la patria potestad en estos supuestos[30].

El interés del menor y la conciliación de la vida familiar y laboral son bienes jurídicos que no sólo se protegen a través de la institución jurídica de la maternidad. Hay otros derechos laborales derivados del nacimiento de un hijo que hacen lo mismo: excedencias, reducciones de jornada por cuidado de hijo, permiso y prestación por paternidad.

En cuanto a la prestación por paternidad, la controversia que hubiere y las soluciones jurídicas que pudieran darse son trasladables al supuesto objeto del presente estudio, en tanto el propio RD 295/2009, en su art. 22, establece que la protección dada para esta prestación es idéntica a la de la prestación por maternidad.

Luego, en cuanto a los derechos laborales previstos expresamente en el ET, lo primero que ha de tenerse en cuenta es su finalidad, habiéndose manifestado ya en numerosas ocasiones que ninguna de estas instituciones sociales se reduce a la mera protección de la maternidad biológica, siendo la protección y el cuidado del menor a cargo el elemento común a todas ellas. Por tanto, no parecería descabellado argumentar que todos estos derechos sociales de reconocimiento estatutario, en tanto se interpretan teniendo siempre en cuenta el interés superior del menor y la conciliación familiar, podrían extenderse a los supuestos de gestación subrogada, máxime cuando, y se insiste en este aspecto, la situación que se protege es básicamente la misma en todos ellos.

La reducción de jornada por cuidado de hijo (art. 37. y 8 ET), por ejemplo, es una institución jurídica que se caracteriza por la ponderación de los intereses en juego que se

---

[29] María Pilar Charro: "La maternidad subrogada sí genera derecho a permiso de maternidad y su correspondiente prestación económica de Seguridad Social", Blog Arinsa, 9 enero de 2017.

[30] Sentencia nº 7985/2012 del TSJ de Cataluña, de 23 noviembre de 2012 (AS 2013\845): se arguye al final del F.J.2 que la Norma aplicable debe interpretarse generosamente, de tal forma que se permita equiparar a las figuras de adopción y acogimiento pre-adoptivo aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para aquéllas, concluyéndose que cualquier supuesto de filiación estaría amparado legalmente.

debe llevar a cabo a la hora de concretarla. No obstante, es un derecho propio e individual del trabajador, de naturaleza finalista y subjetiva, al que no puede oponerse unilateralmente el empresario en tanto nace por las circunstancias subjetivas de aquél[31]. En los casos de gestación subrogada no parece que haya razón alguna para oponerse al derecho, máxime cuando se infiere que en estos casos también concurren los elementos configuradores que establece el art. 37.7 ET: guarda legal, cuidado directo y edad del menor (hasta los 12 años).

La jurisprudencia viene aplicando un concepto flexible y amplio de *guarda legal*, extendiendo su cobertura a los sujetos que se encuentren en una situación que genere una obligación de cuidado, independientemente de los sujetos que tuvieran la tutela o la patria potestad del menor (extremos que normalmente suele coincidir) [32], y el *cuidado directo* es también un elemento que se refiere al que se hace cargo del menor, siendo sólo estos sujetos los que podrían acceder a los derechos laborales que reconoce esta institución jurídica[33].

Por lo tanto, y siempre y cuando el nacido mediante esta técnica fuese menor de 12 años, no sería coherente oponerse a las solicitudes de reducción de jornada que los padres subrogantes, no en mucho tiempo, empezarán a presentar a sus empleadores, pues ello implicaría, no sólo deteriorar ese diálogo *inter partes* que debe haber siempre sobre la concreción de la reducción de jornada, sino conculcar, al igual que sucedía al no reconocerse el permiso por maternidad, el interés y cuidado del menor, que es también el bien jurídico protegido de esta institución. Me atrevería a decir que la oposición automática de la empresa a estas solicitudes de reducción podría entenderse por nuestros órganos judiciales como sangrante y torticera, y claramente vulneradora del principio de buena fe que reconoce el art. 20.2 ET.

Y es que, en aras a salvaguardar el interés de los menores implicados, no se podría entender el hecho de dar una solución diferente en unos casos y en otros. En efecto, no tendría mucho sentido equiparar la maternidad adoptiva y la biológica como instituciones jurídicamente idénticas, teniendo ambas la misma protección y garantías, y no hacer lo

[31] Sentencia nº 1393/2014 del TSJ de Cataluña, de fecha 21 febrero de 2014 (AS 2014\786).

[32] Sentencia del TSJ de Castilla y León, de 16 de enero de 1992 (AS 1992\25).

[33] Sentencia nº 121/2005 del TSJ de La Rioja, de fecha 2 junio de 2005 (AS 2005\1702).

mismo en los supuestos de gestación subrogada[34]. Si valoramos adecuadamente la dimensión constitucional de lo que hay en juego y nos planteamos la cuestión de si denegar a los trabajadores los derechos sociales solicitados constituye o no un óbice para la compatibilidad de su vida familiar y profesional, o una vulneración del interés del menor, entonces la solución no podría ser otra[35].

Nótese que, si bien es verdad que el principio relativo al interés del menor no puede erigirse como un razonamiento a partir del cual los órganos jurisdiccionales puedan eludir la sujeción a las normas y al ordenamiento jurídico, sí que puede afirmarse que constituye un principio interpretativo de referencia que no debe ignorarse cuando se aplica a situaciones en las que se ha querido tener presente, como sucede en los supuestos de gestación subrogada.

[34] Mª José Cervilla Garzón: "El avance hacia el reconocimiento del derecho a la prestación por maternidad y otros derechos sociales en los supuestos de gestación por sustitución" (BIB 2016\3183); Revista Española de Derecho del Trabajo nº 188/2016; Ed. Aranzadi, págs. 6-10.

[35] Sentencia nº 3/2007 del Tribunal Constitucional, de 15 enero de 2007 (RTC 2007\3).

III.- CONCLUSIONES Y OBSERVACIONES.

La sociedad suele tener una gran resistencia al cambio, y a veces se enfrenta a ello con una más que manifiesta virulencia. Con cada avance en la ciencia o la tecnología, surgen siempre nuevos planteamientos sociales y morales, porque a dichos avances siempre debe ir aparejado un estudio del impacto que pueden tener en la cultura donde se producen. Con la gestación subrogada sucede exactamente lo mismo, pero nada parece ser incompatible con una regulación que disipe la inseguridad jurídica que existe hoy en día.

Es innegable que con el paso de los años se ha producido un incremento en el uso de esta técnica, en cierta medida por el avance natural de la sociedad y la ciencia, pero también por el surgimiento de nuevos modelos de familia que hace no tanto tiempo eran totalmente inconcebibles. Siendo así las cosas, no son pocos los ciudadanos que, habiendo descartado la maternidad biológica o la adopción (por verse impedidos biológicamente para ello, por los largos procesos burocráticos en los casos de adopción o por cualquier otro motivo), han terminado optando por las soluciones que ofrece la gestación por sustitución. Debe recordarse que el Derecho no se agota en la Ley, sino en la realidad de la vida social[36]. Y es que los movimientos sociales, aunque sean minoritarios como el que aquí nos ocupa, pueden tener incidencia en el ordenamiento jurídico, llegando a modificar leyes y políticas públicas en numerosas ocasiones.

Esto tiene que ser una reflexión a futuro, meditada sobre la base de la mejora. En su momento, las técnicas de reproducción asistida supusieron un indudable avance científico y jurídico, en la medida en que dio solución al problema de la esterilidad que venía afectando a numerosas parejas. La novedad de estas técnicas también despertó curiosidad y polémica, de la misma forma que lo hace actualmente la gestación por sustitución, pero la aprobación en España de la LTRHA no hizo sino atender una necesidad social que el resto de países de nuestro entorno también empezaba a contemplar[37].

Fijando la vista más allá de nuestras fronteras, es irrefutable que las sentencias del TEDH han servido para apuntalar el devenir de los recientes pronunciamientos judiciales en España, consolidándose ya la situación con las tan necesitadas sentencias de la Sala de

[36] Interpretación e integración de la ley, Ignacio Galindo Garfias. Estudios jurídicos nº 38, págs. 7 y 8.

[37] Exposición de Motivos Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

lo Social del Tribunal Supremo. Pero esto no es suficiente; se requiere de una regulación que auxilie a las partes intervinientes en esta práctica, la cual, a pesar de estar expresamente prohibida en España, despliega plenos efectos en nuestro ordenamiento jurídico. Recuérdese, en este sentido, que los padres intencionales, en tanto tienen que recurrir a la jurisdicción social para que se les reconozcan sus derechos, no disfrutan de la suspensión del contrato de trabajo, por sorprendente que parezca, cuando debieran hacerlo, esto es, cuando el menor requiere de mayores cuidados.

Mientras no haya concordancia entre las resoluciones judiciales y la norma jurídico-laboral, se seguirán manteniendo situaciones tan anómalas como la anteriormente referenciada, por mucho que en el ámbito jurídico-laboral se haya mitigado la incertidumbre jurídica que existía hace apenas unos años.

A todo ello se debe adicionar que la Sala Civil del Tribunal Supremo, a pesar de negar la inscripción registral de los hijos nacidos mediante gestación subrogada, tiene especial cuidado con las necesidades familiares que surgen *de facto* en estos casos. La Sala apoya la nulidad del contrato de gestación por subrogación, pero, a su vez, advierte que cuando los nacidos mediante esta técnica tienen relaciones familiares y existe una verdadera integración del menor en el núcleo familiar, es necesario permitir el desarrollo y la protección de esos vínculos, lo que no podía ser de otra manera cuando hay una llamada de nuestro Tribunal Constitucional que impide conculcar frontalmente los principios de protección del menor, de la familia y de conciliación de la vida familiar y laboral.

Por tanto, parece claro que el legislador español no puede seguir mirando para otro lado y debe regular el alcance y el contenido de esta técnica, así como los derechos que nacen en su virtud y cualquier otra cuestión que pudiera surgir al respecto[38].

Concluir que, a pesar de esta falta de normativa aplicable, nuestros Juzgados y Tribunales, sobre todo a la vista de la reciente y unánime jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, reconocen el derecho de los progenitores intencionales a la prestación por maternidad, y se desvinculan en cierta medida de la jurisprudencial civil que aboga por impedir la inscripción en estos casos. Aun así, considero, en base a todo lo expuesto, que lo único que desde luego está claro es que se necesita legislar esta materia,

[38] Antonia Durán Ayago, Profesora Contratada Doctora de Derecho Internacional Privado en Universidad de Salamanca; Ars Iuris Salmanticensis , vol. 2 (2014), pág. 282.

so pena de seguir desarrollando esta situación a golpe exclusivamente de doctrina judicial y de actos administrativos, con la incertidumbre jurídica que ello puede llegar a implicar.

Estamos ante uno de los movimientos sociales que se referenciaban al comienzo de este apartado; no hay duda. En consecuencia, y siendo la Ley una significación que se transforma sin cesar y la política una actividad de todos, parece razonable que la gestación subrogada tenga, de una vez por todas, su cabida en el marco jurídico español.

Se necesita regular; se necesita legislar, y, además, hacerlo para la gente. Al fin y al cabo, como decía Savigny, el espíritu del pueblo es la verdadera fuente del Derecho[39].

[39] SAVIGNY, Friedrich Carl von: "De la vocación de nuestra época para la Legislación y la ciencia del Derecho", en *Book Series: Legal History* (de la Universidad Carlos III), págs. 56 y 58 entre otras.

FORELAB

FORO ESPAÑOL DE LABORALISTAS

Madrid, Julio de 2017