



ALEJANDRO DE MIGUEL DIEZ

Abogado Abdón Pedrajas  
amd@abdonpedrajas.com

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

El 1 de Agosto de 2017 entraba en vigor en uno de nuestros países vecinos, Portugal, la Ley 25/2016, de 22 de agosto, por la que se regula las situaciones de gestación subrogada. Se ha intensificado así el debate que ya existía en nuestro país a raíz de los últimos pronunciamientos de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. La gestación subrogada está prohibida expresamente en España, y esto así se establece en el art. 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Pero lo cierto es que la gestación por sustitución despliega efectos de igual forma que lo hacen el parto, la adopción o el acogimiento. Efectivamente, nace una familia; los padres intencionales y el hijo nacido a través de esta técnica forman un núcleo familiar, todo a pesar de que el instrumento utilizado para ello esté

expresamente prohibido. Surge así una antinomia que no puede resolverse si no es a través de la observación y ponderación de los intereses en juego.

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en sus sentencias más recientes (por todas, Stcia.881/2016, de 25 octubre del 2016), ha resuelto en ese sentido, y, legitimando el núcleo familiar de facto que surge y protegiendo el interés superior del menor, ha acabado reconociendo a los progenitores intencionales su derecho a la prestación por maternidad. No resulta sorprendente este posicionamiento, pues la prestación por maternidad tiene como fin último, al fin y al cabo, proteger los vínculos afectivos que se forjan entre los progenitores y los hijos. Puede argüirse que es objeto de la prestación por maternidad el descanso de la mujer que da a luz, pero ello no siempre se produce en la

configuración de una familia; de hecho, en los casos de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento es evidente que no sucede. Por ello que no son pocos los que consideran que la prestación por maternidad tiene como fin último el cuidado del nacido, y no el descanso de la madre por el alumbramiento, toda vez que éste no se da en todos los supuestos.

Así es como el TS afirma que negar la concesión de la prestación por maternidad en los supuestos de gestación subrogada no sólo degradaría los derechos de conciliación familiar de estas familias, sino que implicaría, asimismo, una discriminación de los menores así nacidos. Nótese que el art. 39.1 CE protege precisamente la infancia en su sentido más amplio, considerando que los hijos son "iguales ante la ley con independencia de su filiación". Por tanto, es razonable que se proteja jurídicamente a los nacidos mediante esta técnica de igual forma que se hace en los demás supuestos de configuración familiar, máxime cuando el cuidado del menor y su vinculación emocional con sus progenitores es, como se referenciaba más arriba, el bien jurídico protegido fundamental de la prestación por maternidad.

Pero la cuestión con más enjundia surge en relación al permiso de maternidad que reconoce el art. 48 ET, el cual se negaba a los progenitores intencionales en base a lo esgrimido por el TJUE en sus sentencias del 18/3/2014 (asunto C-363/12, TJCE 2014, 112 y asunto C-167/12, TJCE 2014, 113). Se afirmaba en estas sentencias que los Estados miembros no estaban obligados, en virtud del art. 8 de la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre, a conferir a las madres intencionales un permiso de maternidad. Se argumentó, para sostener este posicionamiento, que el permiso previsto en la Directiva protegía sólo la condición biológica de la mujer durante y tras el embarazo. Es decir, la Directiva reducía la maternidad a la gestación, a haber estado embarazada o a haber dado a luz.

Pues bien, a la vista de esta 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, podía concluirse, y así se hacía, que a estos trabajadores se le podía denegar el disfrute del permiso de maternidad. No obstante, esto implicaba ignorar un principio fundamental del Derecho Internacional: que el Derecho de la UE es una garantía de mínimos, y, por tanto, disponible por los Estados miembros en cuanto a su mejora. Y esto es lo que sucedía y sucede en España, pues este permiso no se reconoce sólo en los supuestos de maternidad por parto, como sí sucede en el Derecho Europeo, sino que, al haber una normativa más favorable, se extiende también a los supuestos de adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento.

Siendo así las cosas, y con los nuevos pronunciamientos de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, parece que en los supuestos de gestación por sustitución se han terminado reconociendo de manera analógica estos derechos, pues no parece ser de justicia reconocer los mismos en los supuestos de parto, adopción o acogimiento, y no hacerlo en los casos de gestación por sustitución, por todo lo anteriormente argumentado y por el notorio perjuicio en los derechos de conciliación familiar que pudiera derivarse en estas familias

así configuradas. En efecto, los padres intencionales, dado que tenían que recurrir a la jurisdicción social para que se les reconociesen sus derechos, no podían disfrutar de la suspensión del contrato de trabajo cuando debían hacerlo, esto es, semanas después al nacimiento de su hijo, que es cuando éste requería de mayores cuidados; y tampoco podían disfrutar de la prestación por maternidad. En tanto en cuanto esto a quien más menoscabo creaba era al nacido mediante la gestación subrogada, el Tribunal Supremo ha terminado estimando las pretensiones de estos trabajadores, garantizando así la protección del interés de estos menores.

Con todo y con ello, y en tanto la situación sigue sin ser regulada por el legislador español, también cabe reflexionar sobre la cuestión e intentar dilucidar qué es lo que va a suceder en un futuro no muy lejano con el resto de derechos sociales que también encuentran su origen en el nacimiento de un menor, como son el derecho a la reducción de jornada por cuidado directo de un menor de 12 años, regulado en el art. 37.6 y 7 ET, o el derecho a la excedencia por cuidado de un hijo que regula el art. 46.3 ET. ]

**El TS afirma que negar la concesión de la prestación por maternidad en los supuestos de gestación subrogada no sólo degradaría los derechos de conciliación familiar de estas familias, sino que implicaría, asimismo, una discriminación de los menores así nacidos •**