

¿TIENEN DERECHO LAS MADRES "SUBROGANTES" AL PERMISO Y A LA PRESTACIÓN POR MATERNIDAD?

ANA MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA

Doctora en Derecho. Universidad de Sevilla

Revista Aranzadi Doctrinal 9-10

Diciembre - 2014

Págs. 141 - 156

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA ESPAÑOLES OTORGAN EL PERMISO Y LA PRESTACIÓN POR MATERNIDAD. III. EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA NO OBLIGA A LOS ESTADOS A CONFERIR EL PERMISO RETRIBUIDO DE MATERNIDAD. IV. CONCLUSIÓN

RESUMEN: El presente artículo tiene por objeto dar respuesta a los padres o madres que han tenido hijos en el extranjero mediante la técnica de gestación por sustitución, que han inscrito esa filiación en el Registro Civil español, y que han solicitado a los tribunales españoles la licencia y la prestación por "maternidad" a la que tienen derecho los padres y madres por acogimiento y adopción. Para ello analizaremos dos sentencias de los Tribunales Superiores de Asturias y Madrid, con argumentos a favor, frente a lo que declara el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: no están obligados los Estados miembros a conferir un permiso retribuido de maternidad a una madre subrogante.

PALABRAS CLAVE: maternidad subrogada; permiso por maternidad; prestación por maternidad.

Fecha recepción original: 2 septiembre 2014

Fecha aceptación: 7 noviembre 2014

ABSTRACT: The present article aims to respond to parents or mothers who have had children abroad through the technique of gestation by substitution, which have registered this filiation in the Spanish Civil Register, and who have applied to the Spanish courts the license and delivery "maternity leave" that have the right parents and foster care and adoption. To do this, we'll discuss two judgments of the superior courts of Asturias and Madrid, with arguments in favour, what declares the Court of Justice of the European Union: the Member States are not obliged to give a paid maternity leave to a surrogate mother.

KEY WORDS: surrogate motherhood; maternity leave; maternity allowance.

El presente artículo tiene por objeto dar respuesta a los padres o madres que han tenido hijos en el extranjero mediante la técnica de gestación por sustitución, que han inscrito esa filiación en el Registro Civil español, y que han solicitado a los tribunales españoles la licencia y la prestación por "maternidad" a la que tienen derecho los padres y madres por acogimiento y adopción. Para ello analizaremos dos sentencias de los Tribunales Superiores de Asturias y Madrid, con argumentos a favor, frente a lo que declara el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: no están obligados los Estados miembros a conferir un permiso retribuido de maternidad a una madre subrogante.

I. INTRODUCCIÓN

La gestación por sustitución o maternidad subrogada o "vientres de alquiler" es un fenómeno social en pleno proceso de expansión, por el cual una mujer, mediante contraprestación o sin ella, se compromete a gestar una criatura para que otra u otras personas puedan ser padres, biológicos o no. Esta situación puede deberse a muchas circunstancias, como la infertilidad de la mujer; ocasionada por causas genéticas, de enfermedad o edad, o el deseo de paternidad de parejas homosexuales de hombres.

Se realiza, pues, a través de un contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los padres o madres "subrogantes", que pueden ser sujetos individuales o una pareja, matrimonial o no, que pueden aportar o no sus gametos.

En general, los ordenamientos jurídicos rechazan la licitud de esta técnica y la prohíben o no otorgan ningún tipo de efecto en materia de filiación, considerando madre jurídica a la madre gestante. Entre otros países Alemania, Austria, Francia, e Italia.

Así, en Alemania, la Ley Federal sobre la protección del embrión de 13 de diciembre de 1990, establece en el artículo 1, que el contrato de maternidad subrogada sería contrario a las buenas costumbres y al orden público.

En Austria, prohíbe este tipo de contratos la Ley de 1 de julio de 1992 sobre reproducción asistida. En Italia, la Ley de 19 de octubre de 2004 sobre procreación médica asistida, no dice nada sobre este extremo, pero existen decisiones de los tribunales en su contra sobre la base de los artículos del Código Civil que se refieren a la dignidad de la persona, a la no patrimonialidad del cuerpo humano y a las cosas fuera de comercio. En Suiza lo prohíbe el artículo 119. 2 de la Constitución Federal.

En Francia, el artículo 16. 7 de su Código Civil (introducido por la Ley de bioética nº 94-653, de 29 de julio de 1994) prohíbe, también, los contratos de maternidad subrogada.

Otros países no lo regulan, como Suecia y Noruega, y otros lo toleran, como Bélgica y Holanda. En estos países los tribunales encuentran en el interés del menor cierto cauce, a través del reconocimiento de la filiación biológica paterna y la adopción (Holanda) o el reconocimiento del menor tras confirmarse la "posesión de estado" (Bélgica).

Pero, existen algunos países que autorizan los "vientres de alquiler" o reconocen efectos respecto de la determinación de la filiación, imponiendo más o menos requisitos. Es el caso de India, Canadá, Israel, Reino Unido, Grecia, Rusia, Ucrania y algunos Estados de Estados Unidos.

En el Reino Unido desde la entrada en vigor de la *Surrogacy arrangements act* (1985), y hasta la actual ley de reproducción asistida, que entró en vigor el 1 de abril de 2009, (*Human fertilisation and embryology act*, 2008), los acuerdos de maternidad subrogada son homologables judicialmente si no se persiguen fines lucrativos, no se publicitan y se realizan sin la intervención de intermediarios o agencias. Además, si uno de los padres intencionales tiene su domicilio en el Reino Unido puede solicitar, bajo ciertas condiciones, una *parental order* que establecerá a su favor una transferencia de la filiación de los menores nacidos por medio de la maternidad subrogada en el extranjero. La ley de 2008 extiende la posibilidad que se establezca la filiación del menor respecto a las personas unidas con una unión civil registrada del mismo sexo.

El ordenamiento griego establece efectos legales a la maternidad subrogada, previa acreditación de los requisitos del artículo 1 de las leyes 3089/2002 y 3305/2005 sobre Reproducción Humana Medicamente Asistida. Esta legislación exige una decisión judicial para que se establezca la filiación y prohíbe que se remunere a la subrogada, además la madre subrogante y la madre subrogada deben tener su domicilio en Grecia.

En España, el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA), como también lo hacía la anterior de 1988 que declaraba nulo cualquier contrato en esta sede¹, titulado "Gestación por sustitución", indica que: "1. 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. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales".

1. El jurista español ha mostrado su atención a esta materia desde la aprobación de las Leyes 35/1988 y 42/1988. La primera de ellas regulaba las técnicas de reproducción asistida humana y la segunda la donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos. Con posterioridad, la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, introdujo algunas modificaciones en la primera de ellas y, finalmente, la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, representa el hito legislativo fundamental a considerar en la materia. El artículo 7 de dicha Ley, a su vez, ha sido redactado de nuevo por la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.

En definitiva, no se permite la maternidad subrogada en nuestro ordenamiento jurídico, de manera que la madre gestante será siempre la madre biológica. Dado que es nulo, de realizarse el contrato de gestación por sustitución en España, la mujer gestante no asumiría ninguna obligación de entregar al nacido tras el parto, ni de indemnizar a la otra parte en caso de incumplimiento, aunque se le hubieran entregado determinadas cantidades por razón de la gestación.

Sin embargo, hay que tener en cuenta lo dispuesto en el punto tercero del artículo 10 de la Ley 14/2006. Esta previsión legal contempla la posibilidad de atribuir la paternidad del nacido mediante esta técnica, por los medios ordinarios regulados en nuestra legislación, permitiendo la inscripción del menor en el Registro Civil. En efecto, el artículo 10.3, permite el ejercicio tanto de la acción de reclamación de la paternidad correspondiente al hijo como la de reclamación por parte del padre biológico de la filiación paterna.

Como se ha indicado, la legislación española regula otras vías legales que permiten la atribución de paternidad del nacido mediante gestación por sustitución en el extranjero, pero ante la Dirección General de Registros y Notariado (DGRN) se han interpuesto recursos contra resoluciones de distintos encargados de Registros civiles consulares, que deniegan la inscripción del nacimiento de niños nacidos en el extranjero de madres gestantes que, en virtud de un contrato de gestación de sustitución, han renunciado a su filiación materna.

La eventual eficacia en España en casos de gestación por sustitución de la filiación a favor de quienes contratan con la madre biológica, cuando el contrato y el parto tienen lugar en países que admiten esta práctica, resulta especialmente controvertida. De hecho, como mencionados anteriormente, ha alcanzado gran relevancia en los medios de comunicación las vicisitudes legales de la solicitud por parte de una pareja de ciudadanos españoles, de la inscripción de nacimiento como sus hijos en el Registro Civil, de dos nacidos en California mediante gestación por sustitución, que tras el rechazo inicial por parte del encargado del Registro Civil Consular, fue aceptada por la DGRN mediante Resolución de 18 febrero 2009, en la que se ordenaba la inscripción en el Registro Civil de un nacido como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución.

La inscripción registral practicada en ejecución de la referida Resolución fue recurrida en sede judicial, y fue anulada mediante Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia de Valencia de 17 de septiembre de 2010 (AC 2010, 1707). Confirmada por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 23 de noviembre de 2011 (AC 2011, 1561) y por la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 febrero de 2014 (REC. 245/2012), que impugna la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado que acordó la inscripción en el Registro Civil español de la filiación de unos menores nacidos tras la **celebración de un contrato de gestación por sustitución a favor de los padres o madres subrogantes, determinada por las autoridades de California con base**

en la legislación de dicho Estado, negando el reconocimiento de decisión extranjera por ser contraria al orden público internacional español,

El problema que se plantea en el Estado español es la inscripción registral y el reconocimiento de la filiación determinada conforme a la legislación extranjera, cuando uno de los progenitores es español, que permite el uso de la maternidad subrogada y reconoce efectos legales a la renuncia de filiación de la madre gestante a favor del sujeto o sujetos subrogantes (que son los que celebran un contrato de gestación por sustitución con la madre gestante). Es decir, un problema que ha de resolver el Derecho Internacional Privado mediante la técnica del reconocimiento de resoluciones (mediante el procedimiento de exequátur o sin él, cumpliendo determinados requisitos), pero que encuentra como motivo de denegación del mismo la vulneración del orden público (ese reconocimiento sería contrario a lo dispuesto en el artículo 10 de la LRHA). Sin embargo, la Instrucción de la DGRN y el voto particular de la Sentencia del Tribunal Supremo priman el "interés del menor" para permitir la inscripción de la filiación determinada mediante gestación por sustitución, siempre que sea declarada mediante resolución judicial y la madre gestante renuncie libre y voluntariamente a todo vínculo con el menor².

Ante la falta de acuerdo entre civilistas e internacionalistas en esta materia tan controvertida, la solución habría que encontrarla caso por caso (hasta que exista una legislación clara en este tema). Así respondió la Resolución de DGRN de 2009 ante la necesidad de una inscripción de niños de padres españoles, que aunque nacidos mediante gestación por sustitución en el extranjero, debían ser inscritos en un Registro Civil español.

II. LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA ESPAÑOLES OTORGAN EL PERMISO O LA PRESTACIÓN POR MATERNIDAD

Actualmente se ha planteado un problema concreto en relación con esta maternidad subrogada, en el ámbito de la prestación por maternidad: ¿sería legal pedir el permiso o prestación en España cuándo estos contratos de gestación por subrogación están prohibidos en nuestro ordenamiento civil? ¿Tienen los mismos derechos sociales las madres (o padres) subrogantes que las madres (o padres) adoptantes o las biológicas?

Pues bien, la respuesta de la jurisprudencia de lo social, en Sentencia Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias (STSA), Sala de lo Social, de 20 sep. 2012 (AS\2012\2485), ha sido positiva, sin tener en cuenta si esa maternidad, de la que deriva la prestación por parte de la seguridad social es-

2. Sobre todas estas cuestiones ver, MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, A., "La determinación de la filiación mediante gestación de sustitución reconocida en el Derecho internacional privado español", Revista Aranzadi Doctrinal num.9/2014, pp.189 a 215; y "La inscripción de los hijos de españoles nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución. Comentario a la Sentencia TS de 6 febrero 2014, (REC. 245/2012)", Revista Aranzadi Doctrinal num.1/2014, pp.125 a 134.

pañola, es fruto de un mecanismo prohibido por la legislación civil española. Ha atendido a los intereses fundamentales a los que hay que atender, como ya lo hacía la Resolución de la DGRN de 2009 y la Instrucción de 2010.

En relato de los hechos es el siguiente: A) El 13 de julio de 2011 se dictó Resolución por el Tribunal Superior de California, Condado de San Diego, en la que se declara que la hoy actora es madre legal del niño nacido de Belinda entre el 2 de junio de 2010 y el 5 de octubre de 2011 y declara que esta señora no es la madre del niño que tenga entre las citadas fechas; declara también que la responsabilidad financiera del citado niño corresponde a la actora y a Ignacio y que sólo ellos tendrán la custodia física y legal del menor. Se ordenó que el hospital en que naciera el niño tenido por Belinda entre el 5 de junio de 2010 y el 5 de octubre de 2011, expida el certificado de nacimiento en el que consten entre otros datos, el nombre del niño de acuerdo con las indicaciones de la actora y de Ignacio, permitir a ambos firmar el certificado, registrar la información dada por el padre biológico Ignacio y registrar la información confidencial de la actora. B) En el Registro Civil consular en Los Ángeles (Estados Unidos) figura como nacido Ricardo, siendo su padre Ignacio y su madre Estrella. C) La demandante, que presta servicios como técnica de laboratorio para el Servicio de Salud codemandado, solicitó el correspondiente certificado de empresa a efectos de pedir permiso de maternidad que le fue denegado el 23 de setiembre de 2011 por no encontrarse en ninguno de los supuestos legalmente previstos para obtenerlo. Presentó recurso de alzada, desestimado por resolución de 8 de febrero de 2012, y reclamación previa ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) que había hecho lo propio el 2 de noviembre de 2011.

Así, el TSA desestima el recurso de suplicación interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Oviedo, sobre derechos fundamentales, y en consecuencia confirma el derecho de la solicitante al descanso por maternidad y el percibo de la subsiguiente prestación. La sentencia de instancia acogió favorablemente la pretensión deducida por la actora en su demanda, y declaró la nulidad de la resolución dictada por el Servicio de Salud del Principado de Asturias el 23 de setiembre de 2011 y la del Instituto Nacional de la Seguridad Social fechada el 2 de noviembre del mismo año, reconociendo a la demandante el derecho a disfrutar del permiso de maternidad durante un periodo de 16 semanas, con las consecuencias derivadas de dicha declaración.

Frente a la misma se alzó en suplicación el INSS articulando su recurso mediante dos motivos jurídicos. El primero denuncia que la sentencia infringe lo dispuesto en el artículo 6, apartados 3 y 4 del Código Civil en relación con el artículo 10 apartados 1 y 2 de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, según la redacción consolidada por la Ley 45/2003, de 21 de noviembre (artículo 10 de la actual Ley 14/2006). Argumenta en esencia quien recurre, que el contrato de gestación por sustitución **de que trae causa el derecho al permiso de maternidad solicitado, así como su correspondiente prestación, es plenamente nulo y fraudulento y que la mera**

inscripción registral de la filiación no puede crear efectos constitutivos para una situación nula de pleno derecho máxime si tenemos en cuenta que las sentencias extranjeras, para ser válidamente reconocidas en España han de seguir el procedimiento de exequátur. Añade, en segundo y último lugar, que la resolución recurrida infringe, por falta de aplicación, lo dispuesto en el artículo 133 bis de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) que establece como situaciones protegidas por maternidad, la propia maternidad natural, la adopción y el acogimiento, tanto preadoptivo, como permanente o simple, argumentando que la actual redacción del antedicho precepto es la que vino dada por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, posterior a la Ley de Reproducción Asistida, según la redacción consolidada por la Ley 45/2003, por lo que el legislador, de haberlo querido, podría haber incluido otras hipotéticas situaciones de filiación.

El recurso fue impugnado por la representación letrada de la accionante que defendió la plena corrección de lo resuelto en la sentencia de instancia.

La cuestión objeto de debate se centra fundamentalmente en determinar si la gestación por sustitución, cuya filiación ha quedado perfectamente acreditada, da derecho a la madre legal a disfrutar del permiso de maternidad. La sentencia del TSA, establece este derecho en base a una serie de argumentos jurídicos, contradiciendo lo razonado por INSS.

En primer lugar, esta sentencia establece la prestación de maternidad, el derecho a percibirla en caso de gestación por sustitución, por concurrencia de los requisitos previstos legalmente para el reconocimiento del derecho al descanso por maternidad y el percibo de la subsiguiente prestación.

En segundo lugar, dispone que no se trata aquí de determinar la filiación del nacido por gestación por sustitución en California, ni siquiera de decidir si una filiación ya determinada en virtud de certificación registral extranjera puede acceder al Registro Civil español, porque la maternidad de la accionante no solo está determinada en una resolución del Tribunal de San Diego, sino que el nacimiento y filiación del nacido se han inscrito en el Registro Civil Consular de Los Ángeles.

Es indudable que los contratos de gestación por sustitución están expresamente prohibidos por las Leyes españolas, pero, por otra parte, sostiene que es de plena aplicación, en el supuesto examinado, la argumentación utilizada por la Dirección General de los Registros y del Notariado para rechazar el fraude de ley, en la Resolución de 2009 dictada a propósito de la inscripción de nacimiento acaecido fuera de España mediante certificación registral extranjera.

En tercer lugar, y en base a lo anterior, permite el reconocimiento de los efectos jurídicos que de tal situación se derivan en nuestro país en el contexto de las prestaciones de Seguridad Social, de que aquí se trata, sin que sea exigible el procedimiento de exequátur, porque se considera jurídicamente equiparables a las figuras de adopción y acogimiento preadoptivo, permanente o simple, aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales

o administrativas extranjeras cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para aquéllas, cualquiera que sea su denominación. Lo que lleva a concluir, que los supuestos de filiación determinada por un contrato de gestación por sustitución están también amparados en la norma.

Así, el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo (que modifica el artículo 133 bis LGSS), que desarrolla reglamentariamente la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, ha llevado a cabo una notable intensificación y ampliación de la acción protectora de la Seguridad Social, recogiendo en su artículo 2.2 dentro de las situaciones protegidas: "Se considerarán jurídicamente equiparables a la adopción y al acogimiento preadoptivo, permanente o simple, 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, cuya duración no sea inferior a un año, cualquiera que sea su denominación".

En el mismo sentido se ha pronunciado, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 4ª, Sentencia de 18 Oct. 2012 (AS\2012\2503) que concede esta prestación a la pareja homosexual, que no es el padre biológico.

En esta sentencia se estima el recurso de suplicación interpuesto por D. Luis María, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 4 de los de Madrid, de fecha cuatro de noviembre de dos mil once, en los autos seguidos ante el mismo a instancia del recurrente frente al INSS, en reclamación por maternidad, declarando el derecho del actor a la prestación solicitada y condenando a la parte demandada a su reconocimiento y abono de las prestaciones por maternidad.

En este caso el relato de los hechos se inicia cuando en el Registro civil consular de los Ángeles se denegó inicialmente la inscripción de nacimiento de la menor nacida mediante gestación por sustitución en el extranjero. El actor, y su marido, recurrieron dicha resolución y por el Ministerio de Justicia se les requirió la presentación de una resolución judicial dictada por el Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido, que fue remitida a la Dirección General de Registros y del Notariado que dictó resolución acordando estimar el recurso y dejar sin efecto el auto apelado y ordenar que se proceda a la inscripción solicitada. Consta que el INSS reconoció al marido del actor, la prestación de paternidad con efectos económicos. En dicha sentencia recurrida en suplicación se desestimó la demanda promovida por el actor, que solicitada para él, marido del padre de la menor, también prestación por maternidad. Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte demandante; tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte y elevados por el Juzgado de lo Social que resolvió lo siguiente, en lo que a nosotros nos es relevante:

Primero, que es imposible que el actor adopte a la menor, puesto que de la inscripción en el Registro Civil del Consulado de España en Los Ángeles se

deduce que es hija suya y de su pareja y que nadie puede adoptar a sus propios hijos, figurando ambos en aquél como progenitores, por lo que procede la aplicación analógica del artículo 133 bis de la LGSS, no cabiendo plantearse si la maternidad por subrogación debe admitirse o no, puesto que tal cuestión ha sido ya resuelta por la DGRN, que ordena que se proceda a la inscripción solicitada³. Dicha parte alude también a la necesidad de que se tutele, en todo caso, el interés del menor y la aplicación analógica de lo prevenido para el supuesto de adopción por familia monoparental.

No se cuestiona la legalidad de la DGRN, sino únicamente sus efectos respecto a la prestación contributiva de maternidad por parto, es la cuestión de cuál sea el interés protegido con la misma, que viene regulada en el artículos 133 bis y siguientes de la LGSS, porque los referidos efectos están vinculados al interés jurídicamente protegible, pues aunque los beneficiarios sean los trabajadores por cuenta ajena, a que alude el artículo 133 ter de esa norma, lo que se trata de amparar es no sólo el cuidado de la madre, en los casos de maternidad biológica, sino también y, en todo caso, el del menor y que se contemplen los casos de adopción y acogimiento, que no conllevan parto previo de los adoptantes o acogedores. Conforme a esa norma se consideran situaciones protegidas la maternidad, la adopción y el acogimiento, sin que se dé previamente una definición de qué se entienda por lo primero, lo que hace remitirse al concepto general de "estado o cualidad de madre", que no exige ineludiblemente el previo hecho del parto de esa madre, refiriéndose el artículo 133 ter de la misma norma a los beneficiarios de la prestación como a los trabajadores por cuenta ajena, cualquiera que sea su sexo⁴.

Segundo, la licencia por maternidad, aunque derive del parto, no tiene como única beneficiaria a la madre sino que, ese beneficio puede extenderse a otros sujetos distintos, aunque relacionados con aquélla⁵, de ahí el derecho del progenitor a disfrutar del permiso por maternidad por sustitución en aquellos

3. En cumplimiento de lo dispuesto en la Instrucción de la DGRN de 2010, después de comprobado que la resolución judicial de filiación determinada en el extranjero mediante gestación por sustitución reúne los requisitos que la DGRN exige.
4. El RD 295/09 que modifica la LGSS atendiendo L.O. 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en su parte expositiva establece que la ampliación de la protección social que supone, tiene el objetivo de mejorar la integración de la mujer en el ámbito laboral así como también favorecer la conciliación de la vida familiar y laboral, lo que es aplicable a las familias de la naturaleza o clase que sea.
5. Como se establece en la sentencia TSJ, en el fundamento de derecho tercero, el artículo 45.1 d) del Estatuto de los Trabajadores enumera entre las causas de suspensión del contrato de trabajo y lo que el artículo 48.4 de esa misma norma dispone en relación con la suspensión del contrato con reserva de trabajo: cuando alude al supuesto de parto, a la opción de la interesada, a la madre y al otro progenitor, así como la referencia a los supuestos de adopción y de acogimiento, de acuerdo con el artículo 45.1.d) de dicho Estatuto, y también a ambos progenitores cuando los dos trabajen. A lo que cabe añadir, la suspensión del contrato causada por paternidad del trabajador regulada en el artículo 48 bis, diferenciándose entre el supuesto de parto, en que la suspensión corresponde en exclusiva al otro progenitor, y los supuestos de adopción o acogimiento, en que este derecho corresponderá sólo a uno de los progenitores, a elección de los interesados.

casos en que la madre, beneficiarla del derecho, lo trasfiere al otro progenitor, ya por opción o por muerte, o porque no haya generado el derecho a la licencia ni prestación económica que lo acompañe, pero en este caso tampoco está encuadrado el demandante, en tanto que no existe madre de la que obtener esa transferencia del derecho.

Sin embargo, el legislador asimila a la maternidad por nacimiento de un hijo, con un tratamiento específico, a la adopción y el acogimiento familiar, como figuras que generan derecho a la suspensión del contrato de trabajo, en donde ambos progenitores podrán disfrutar del periodo de suspensión, simultánea o sucesivamente.

Por tanto, en la LGSS, se comprenden como situaciones protegidas, dentro del supuesto general, según dispone su artículo 133 bis, la maternidad, la adopción y el acogimiento durante los periodos de descanso que por tales situaciones se disfruten. Y, en coherencia con esas situaciones, los sujetos beneficiarios de esa protección serán los trabajadores que disfruten de los periodos de suspensión del contrato de trabajo que se correspondan con las mismas, cualquiera que sea su sexo conforme al precitado artículo 133 ter de la LGSS.

Establece esta sentencia que el permiso por maternidad o paternidad, que conlleva la llegada de un hijo a la familia, puede generarse por el parto, que sólo corresponde a la madre gestante, y por la situación sin parto de los otros progenitores que se ven afectados por la llegada del hijo.

Queda por determinar, pues, si existe otra posición en la que poder incluir o entender incluido el supuesto en el que se encuentra el demandante dentro del derecho prestacional que demanda. En el supuesto que comentamos el demandante de la prestación por maternidad, no es, evidentemente, la madre que ha dado a luz, pero consta como el otro progenitor en el Registro Civil en virtud de una filiación determinada mediante gestación por sustitución.

Como se ha dicho, junto a la maternidad por parto existe la maternidad por adopción y acogimiento familiar, donde los sujetos beneficiarios son los que la norma identifica como progenitores de esa clase. Ciertamente, el demandante y su pareja no han acudido a esta figura jurídica para establecer la relación familiar con su hijo y, por tanto, parece que no podría entenderse, en principio, que les fuera de aplicación ese régimen.

Ahora bien, sostiene la sentencia, que parece igualmente evidente que la posición del demandante, a los efectos litigiosos, es similar a la que, también como progenitores, ocupan aquellos que se hallan en supuestos de adopción o acogimiento familiar y cubriendo de igual manera la finalidad que persigue la norma, y ello en virtud del principio de analogía que establece el artículo 4.1 de nuestro Código Civil. Porque aunque la maternidad derivada de la condición de progenitor inscrito como tal en el Registro Civil y en virtud de una gestación por sustitución o subrogada, como la que se contempla en el caso presente, no se contiene expresamente en los supuestos de hecho de la LGSS, ni, en consecuencia, desarrollada en el Real Decreto 295/2009, los supuestos

guardan semejanza, en tanto en cuanto la posición que ocupan los progenitores en uno y otro caso respecto del nacido, adoptado o acogido, es la misma en el marco de las relaciones laborales y familiares en las que están inmersos.

Por otra parte, tampoco sería posible entender que la norma realmente no quiere reconocer el derecho, dado que no hay exclusión alguna al respecto, de forma que es posible inferir que se está ante 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 título jurídico diferente a la adopción o acogimiento pero idóneo por haber inscrito en el Registro Civil la filiación entre el menor y el que reclama la prestación.

Si en la adopción, dice la sentencia, son sujetos directos del derecho a la prestación de maternidad los progenitores, cualquiera que sea su sexo, sin mayor vinculación que la relación jurídica que ha generado esa filiación por adopción o acogimiento, con igual o mayor razón sería extensible ese derecho a quienes, como el demandante, ostentan legalmente esa condición aunque derive de otro título al que el ordenamiento español, por medio de lo que la Dirección General de los Registros y Notariado ha interpretado y resuelto a raíz de la Instrucción de 2010, le ha otorgado, reconociéndole la eficacia suficiente para generar el vínculo necesario para ser sujeto de las prestaciones que ahora se reclaman.

En todo caso, y además, sigue argumentado el Tribunal Superior, la interpretación extensiva de la norma se impondría en una situación como la presente en virtud de lo que dicho concepto supone de inclusión en una norma de casos no expresos en ella pero virtualmente insertos en su espíritu, de tal modo que tiene lugar cuando el sentido hallado es más amplio que la letra de la norma, lo que ocurre si la fórmula verbal empleada por ésta dijo menos de lo que realmente quería decir, esto es, que el texto legal es extendido mediante esa clase de interpretación a supuestos comprendidos en su verdadero sentido, aunque no en su estricta dicción. De manera, pues, que por cualquiera de ambas vías, se llega a la misma conclusión acogedora del recurso, como si de una adopción, o un acogimiento, se tratase.

Del mismo modo, la lógica lo impone, porque si el demandante de la prestación de maternidad y su pareja hubieran adoptado o acogido al menor, tendría derecho a esta prestación, y, en cambio, si la filiación fuese determinada mediante gestación por sustitución (y legalmente inscrita en el Registro civil español, como es el caso) no se le concediese al padre tal prestación, tal solución sería contraria tanto al espíritu como al contenido general de la citada Ley de 2007 en cuanto modificadora del Capítulo IV bis del Título III de la LGSS donde se ubican los artículos 133 bis y siguientes, objeto de este procedimiento. Sin que tal diferencia pueda tampoco entenderse acorde, en fin, con el espíritu que anima al resto de la legislación social, toda vez que las sucesivas reformas en los diversos ámbitos acerca de la familia han pretendido esta igualdad por razón de sexo, igualando a los progenitores cualesquiera que fuese el título por que el que se atribuye la filiación, siempre que ésta esté

inscrita en un Registro civil español (que se prueba y no se discute en este supuesto que analizamos).

La solución que se impone, pues, es la estimatoria del recurso, como si de un acogimiento o una adopción se tratase. Concediendo el Tribunal Superior de Madrid, al igual que hacia el de Asturias, la prestación por maternidad al progenitor inscrito en el Registro Civil como tal como consecuencia de una maternidad subrogada, que no es el padre ni la madre biológica, por analogía con las figuras jurídicas que determinan la maternidad o la paternidad, no biológica, como son el acogimiento o la adopción.

III. EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA NO OBLIGA A LOS ESTADOS A CONFERIR EL PERMISO RETRIBUIDO DE MATERNIDAD

Conforme a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea (TJUE), Sala General, de 18 marzo 2014, asunto C-167/12, el Derecho de la Unión Europea (UE) no puede obligar a los Estados miembros a otorgar permisos de maternidad a trabajadoras que han sido madres mediante gestación por sustitución.

Al igual que en sentencia de la misma fecha⁶, el Tribunal considera la inexistencia de discriminación por razón de sexo en la negativa a conceder el permiso de maternidad a madres subrogantes. Según las Directivas interpretadas⁷, no puede obligarse a los Estados miembros a conceder permisos de maternidad a estas madres "subrogantes" trabajadoras.

6. Sentencia del Tribunal de Justicia, Gran Sala, de 18 de marzo de 2014, asunto C-363/12, que declara que, primero la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, en particular sus artículos 4 y 14, debe interpretarse en el sentido de que no constituye una discriminación basada en el sexo el hecho de denegar la concesión de un permiso retribuido equivalente al permiso de maternidad a una trabajadora, en su calidad de madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución. La situación de una madre subrogante en lo concerniente a la atribución de un permiso por adopción no está comprendida en esta Directiva. Además, y en segundo lugar, la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, debe interpretarse en el sentido de que no constituye una discriminación por motivo de discapacidad el hecho de denegar la concesión de un permiso retribuido equivalente a un permiso de maternidad o un permiso por adopción a una trabajadora incapacitada para gestar a un niño y que ha recurrido a un convenio de gestación por sustitución. La validez de esta Directiva no puede apreciarse en relación con la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, pero debe ser interpretada en la medida de lo posible de conformidad con esta Convención.

7. Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE) (DO L 348), y la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de

Los hechos son los siguientes: Una señora empleada, de nacionalidad británica, celebró conforme a su legislación nacional un convenio de gestación por sustitución para tener un hijo⁸. El hombre con el que formaba pareja facilitó el esperma, pero el óvulo no era de ella, y en ningún momento estuvo embarazada. Tras el nacimiento del niño solicitaron la atribución de la patria potestad del menor que les fue atribuida según la legislación británica de forma definitiva y permanente, por lo que jurídicamente eran padres del menor⁹. Habiendo solicitado un permiso retribuido equivalente al permiso por maternidad, éste le es denegado, porque ese derecho, según el empleador, corresponde a la madre biológica del niño. Se da en este caso la circunstancia particular de que la madre subrogante comenzó a prestar cuidados maternos al niño a la hora de haber nacido, y a amamantarle, y siguió dándole el pecho durante 3 meses.

Una trabajadora que haya sido madre subrogante a través de un contrato de gestación por sustitución no entra en el ámbito del artículo 8 de la Directiva 92/85, incluso cuando puede amamantar a ese niño tras su nacimiento o lo amamanta efectivamente. El objetivo de la Directiva 92/85 es la mejora de la seguridad y la salud de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia, como se dispone en otras sentencias de ese Alto Tribunal¹⁰. El considerando 8 de esa Directiva expone que debe considerarse a la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, como integrante de un grupo expuesto a riesgos especialmente sensibles, y que se deben tomar medidas relativas a su salud y seguridad. Por tanto, los Estados miembros no están obligados en virtud de ese artículo a conferir a esa trabajadora, madre subrogante, un permiso de maternidad, pues no es una trabajadora embarazada.

Este permiso de maternidad a la mujer trabajadora, que regula la Directiva tiene por objeto proteger a la mujer durante el embarazo y después del mismo. En esas circunstancias, una trabajadora, en su calidad de madre subrogante

2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (DO L 204).

8. El artículo 54 de la Ley de 2008 sobre la fertilización y la embriología humana (Human fertilisation and embryology act 2008) prevé que, a instancia de dos personas, un tribunal puede dictar una resolución que les confiera la patria potestad sobre un niño (parental order), al que se considerará legalmente hijo de los solicitantes, si: el niño ha nacido de una mujer que no es uno de los solicitantes como consecuencia de la implantación en ella de un embrión, o de esperma y óvulos, o de su inseminación artificial; se han utilizado los gametos de al menos uno de los solicitantes para crear el embrión, y se cumplen otros requisitos, entre los cuales el de que los solicitantes sean marido y esposa o mantengan una relación análoga.

9. La madre subrogante y el hombre que forma pareja con ella solicitaron al tribunal competente la atribución de la patria potestad con fundamento en el artículo 54 de la Ley de 2008. Por resolución de 19 de diciembre de 2011 ese tribunal les atribuyó la patria potestad plena y permanente sobre el niño. Por tanto, se considera jurídicamente padres de ese menor a la madre por sustitución y al hombre que forma pareja con ella.

10. Sentencias de 11 de octubre de 2007, Paquay, C-460/06, (Rec. p. I-8511, apartado 27); y de 11 de noviembre de 2010, Danosa, C-232/09, (Rec. p. I-11405, apartado 58).

que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución, no entra en el ámbito de aplicación del artículo 8 de la Directiva 92/85, incluso cuando puede amamantar a ese niño tras su nacimiento o lo amamanta efectivamente.

También fundamenta el Tribunal de la UE este permiso, en la protección de las especiales relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, como se protege a las madres adoptantes. Habría que preguntarse por qué no se concede esta misma protección a las madres subrogantes.

Así vemos, en el asunto que nos concierne que la madre subrogante presentó una solicitud de permiso retribuido a su empleador, basada en el régimen aplicable en caso de adopción establecido por éste. La empleada presentó a su empresa una solicitud formal de permiso de maternidad por sustitución, que según esa señora equivale a un permiso por adopción, si bien no podía aportar un certificado de compatibilidad ya que no había iniciado un procedimiento de adopción. El 11 de abril de 2011 la empresa respondió que, en caso de que la señora procediera a una adopción, se beneficiaría de un permiso retribuido, pero que de no ser así no existía legalmente ningún derecho a un permiso retribuido en caso de maternidad por sustitución. El 10 de junio de 2011, a raíz de una nueva solicitud de la empleada, expuso que disponía de una facultad discrecional excepcional para valorar la solicitud de permiso retribuido y que en virtud de esa facultad había decidido aplicar a la misma las condiciones del régimen de permiso por adopción, que exige en particular la aportación de ciertos documentos. En consecuencia, la madre subrogante obtuvo un permiso retribuido en aplicación de ese régimen (con la aportación de los documentos), según las condiciones definidas en un escrito de 29 de junio de 2011. Sin embargo, el 8 de julio de 2011 el empresario manifestó ante un tribunal superior, que su empleada no tenía derecho a percibir la prestación por maternidad porque ese derecho corresponde a la madre biológica del niño. Confirmado por la STJUE, al no obligar a los Estados miembros a conceder el permiso y la prestación por maternidad a las madres subrogantes trabajadoras por no estar incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 92/85.

Del mismo modo, no aprecia el Tribunal de la UE discriminación directa por razón de sexo, no se vulnera el artículo 14. 1 de la Directiva 2006/54: pues un padre que sea parte en un convenio de gestación por sustitución y haya tenido un hijo recibe el mismo trato que una madre subrogante en situación comparable, porque tampoco tendría derecho a un permiso equivalente al de maternidad biológica.

Tampoco existe discriminación indirecta, porque no hay datos que acrediten que la denegación del permiso perjudique esencialmente a la trabajadora. Según sostiene esta sentencia del TJUE, reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia evidencia que existe discriminación indirecta por razón del sexo cuando la aplicación de una medida nacional, perjudique de hecho a un número mucho mayor de trabajadores de un sexo que del otro. Ningún dato del

caso permite acreditar que la denegación del permiso en cuestión perjudique especialmente a las trabajadoras en comparación con los trabajadores.

Por tanto, la denegación de un permiso de maternidad a una madre subrogante no constituye una discriminación directa o indirecta por razón de sexo en el sentido la Directiva 2006/54. Una madre subrogante que haya tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución no puede, por definición, ser objeto de un trato menos favorable ligado a su embarazo, ya que ella no ha estado encinta de ese niño, concluye el Tribunal de la UE.

IV. CONCLUSIONES

Como hemos visto, la solución del Tribunal Europeo difiere de lo que nuestros tribunales vienen aplicando. El problema ya no es el reconocimiento o no del contrato de gestación por sustitución, que el derecho inglés regula y permite, cumpliendo ciertas condiciones, sino el derecho al permiso y a la prestación por maternidad de la madre subrogante.

El TJUE, en las dos sentencias apuntadas, deniega este derecho porque considera que sólo están obligados los Estados a otorgar esta prestación a la mujer embarazada, durante el tiempo que esté encinta y posteriormente, así se deduce de la Directiva 92/85. Sin que tampoco exista discriminación alguna por razón de sexo, en el sentido de la Directiva 2006/54, respecto a la madre subrogante frente a la madre gestante, aunque la primera no tenga derecho a la prestación por maternidad y la segunda sí.

Los TSJ de Asturias y Madrid si conceden esta prestación por maternidad a la madre subrogante, aunque conforme al artículo 10 de la LTRHA sea nulo el contrato de gestación por sustitución y la filiación no pueda ser determinada mediante esta técnica en España. Con aplicación analógica del artículo 133 LGSS, se puede extender la prestación por maternidad en caso de adopción o acogimiento al supuesto de maternidad subrogada.

Ahora bien, como establecen las sentencias del TJUE, la Directiva 92/85, que no es norma de aplicación directa, tiene por objeto establecer algunas exigencias mínimas en materia de protección de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. No excluye la facultad de los Estados miembros para aplicar o instaurar disposiciones legislativas, reglamentarias o administrativas, mediante normas de transposición, más favorables para la protección de la seguridad y la salud de las madres subrogantes que hayan tenido un hijo gracias a un contrato de gestación por sustitución (cuya filiación haya sido legalmente determinada, permitiendo que se beneficien de un permiso retribuido de maternidad en razón del nacimiento de ese niño.

Las sentencias de los tribunales españoles se adelantan en este aspecto a lo que tendrían que ser el desarrollo en una norma de transposición estatal que concediera el permiso y prestación de maternidad también a las madres, o padres, que lo son por maternidad subrogada, una vez inscrita la filiación determinada en el extranjero en el Registro civil español.

Los tribunales españoles, por tanto, podrían seguir concediendo, en los supuestos de maternidad subrogada, la prestación retribuida por maternidad reconocida en la LGSS. La norma realmente no quiere no reconocer el derecho, dado que no hay exclusión alguna al respecto, de forma que es posible inferir que se está ante 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 título jurídico diferente a la adopción o acogimiento, pero idóneo por haber inscrito en el Registro Civil la filiación entre el menor y el que reclama la prestación.

Sin embargo, hay que tener en cuenta, que si a raíz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 las inscripciones de las filiaciones determinadas en el extranjero mediante gestación por sustitución en los Registros Civiles españoles no se van a permitir¹¹, el progenitor o progenitores así establecidos, ya no ostentaran legalmente esa condición. La resolución extranjera no es título suficiente para otorgar la filiación, y, por tanto, no se le reconocerá la eficacia suficiente para generar el vínculo necesario para ser sujeto de las prestaciones que ahora se reclaman.

Esas prestaciones, incluidos las licencias o permisos, por maternidad, o paternidad, han sido concedidas por los tribunales españoles a las madres, o padres, subrogantes que han podido inscribir la filiación determinada en el extranjero mediante gestación por sustitución en virtud de lo dispuesto en el Instrucción de la DGRN de 2010, otorgándoles un título similar al acogimiento o la adopción, y por tanto, al igual que éstos, concederles una protección similar. Con el fin, como establecía el RD de 2009 que modificó la LGSS para adaptarla a la Ley 2007 sobre igualdad, de favorecer la conciliación de la vida familiar y laboral, lo que es aplicable a las familias de la naturaleza o clase que sea.

-
11. Si esta STS denegó la inscripción en el Registro Civil español de la filiación derivada de una sentencia extranjera en la que se establecía la filiación de una gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero, el Tribunal Europeo de Derecho Humanos ha dictado el día 27 de junio de 2014 dos sentencias en las que concluye que la prohibición total de establecer un vínculo de filiación entre un padre y su hijo biológico nacido en el extranjero mediante gestación por sustitución (de dos sentencias francesas en los asuntos *Menesson c. France* (Demanda nº 65192/11) y *Labassee c. France* (Demanda nº 65941/11)) es contrario al Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950 para la **Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales** (al artículo 8 en lo que se refiere al respeto a su vida privada).