

LA PRESTACIÓN DE MATERNIDAD EN LOS SUPUESTOS
DE GESTACIÓN SUBROGADA

*THE MATERNITY BENEFIT IN THE CASE OF SURROGATE
PREGNANCY*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 9, agosto 2018, ISSN: 2386-4567, pp. 438-453

Dr. Eduardo
Enrique TALÉNS
VISCANTI

ARTÍCULO RECIBIDO: 25 de abril de 2018
ARTÍCULO APROBADO: 30 de junio de 2018

RESUMEN: La gestación subrogada, como técnica de reproducción asistida prohibida por el ordenamiento español, plantea una serie de interrogantes jurídicos que, en determinados casos, trascienden del ámbito civil. Concretamente, se ha debatido acerca de la posibilidad de que la persona o personas comitentes en el contrato de gestación por sustitución tengan acceso a la prestación por maternidad. Recientemente, el Tribunal Supremo ha dado respuesta a esta cuestión en el sentido de reconocer el derecho a la prestación por maternidad al padre o la madre “de hecho” que, efectivamente, desarrolle las facultades propias de la patria potestad.

PALABRAS CLAVE: Seguridad social, prestación de maternidad, familia, gestación por sustitución, interés superior del menor.

ABSTRACT: *Surrogate pregnancy, as a technique of assisted reproduction prohibited by Spanish law, raises a number of legal questions than, in certain cases, transcend of the Civil Law. Specifically, it has been discussed about de possibility that de person or persons consigner in the gestation contract substitution have access to the provision for maternity benefit. Recently, the Spanish Supreme Court has responded to this issue in the sense of recognizing the right to the provision for maternity benefit to the father or mother “in fact”, efectively, develop own parental powers.*

KEY WORDS: *Social security, maternity benefit, family, gestation by substitution, best interest of the child.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA STS (PLENO) DE 25 DE OCTUBRE DE 2016.- III. LA STS (PLENO) DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2016.- IV. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL CONFORMADA POR SENTENCIAS POSTERIORES DEL TRIBUNAL SUPREMO RECONOCIENDO EL DERECHO A LA PRESTACIÓN POR MATERNIDAD EN LOS CASOS DE GESTACIÓN SUBROGADA.- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

La gestación subrogada o por sustitución es una forma de concebir a través de un contrato que consta de dos partes: de un lado, el comitente o persona que desea tener descendencia y que no la ha podido tener por otros medios; de otro lado, la comisionista, que en todo caso será una mujer que llevará a cabo en su seno la gestación y que, tras el alumbramiento, cederá al comitente el menor y las consecuentes obligaciones derivadas de la patria potestad.

Como es sabido, en España, la mencionada –al igual que sucede con la mayoría de países de nuestro entorno- la gestación subrogada está prohibida, vedándose expresamente por la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, cuyo artículo 10.1 señala 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. Además de acuerdo con el párrafo segundo del citado precepto, si esta práctica se diera en España, además de la nulidad del contrato, asume la condición de madre quien efectivamente ha gestado al hijo y no la madre subrogante. Dentro de los límites de nuestro Estado, dicha práctica aparece, además, tipificada como delito, concretamente, en los artículos 220 y 221 CP. Junto con ello, la DGRN y la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo han venido negando tradicionalmente la inscripción de los hijos provenientes de un contrato de gestación por sustitución, precisamente, por la nulidad de dicho acuerdo en nuestro país, por cuanto supone una mercantilización de la maternidad. No en vano, por Circular de la DGRN de 11 de julio de 2014 se permitió, en contra de lo resuelto por la STS (Sala de lo Civil) de 6 de febrero de 2014 (rec. 245/2012), aceptar la inscripción de niños nacidos en el extranjero con ocasión de un contrato de “vientre de alquiler” en determinados supuestos: en esencia, que exista una sentencia extranjera que determine la filiación de la/s persona/s solicitante/s de la inscripción en España.

• **Dr. Eduardo Enrique Taléns Visconti**

Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universitat de València, Eduardo.Talens@uv.es

Ahora bien, para poder acceder a este método reproductivo, los comitentes sortean la ilegalidad de esta práctica en España acudiendo a otros Estados donde dicha actividad es legal. En estos casos, surgen una serie de problemas referidos a la inscripción del menor en nuestro país, así como sobre la determinación de filiación, pero también, desde el ámbito social, se ha venido originando el problema respecto de la posibilidad de suspender el contrato de trabajo y percibir la oportuna prestación por maternidad dentro contemplada en nuestro sistema de Seguridad Social. La proliferación de este tipo de prácticas no sólo evidencia problemas jurídicos, sino también de índole moral o éticos, pues como ha sido señalado por la doctrina, coadyuva a un “florecente negocio que utiliza a la mujer de manera que la cosifica como un útero con finalidad exclusivamente reproductiva, sin más objetivo o finalidad que conseguir la satisfacción de las necesidades reproductivas de terceros, un negocio que se aprovecha en muchos casos de las necesidades puramente económicas de la madre gestante”¹. En cualquier caso, en el presente comentario me detendré exclusivamente en las cuestiones jurídicas relacionadas con el acceso a la prestación social por maternidad.

La solución que ha recibido el problema de la gestación subrogada desde la óptica del acceso a las prestaciones de Seguridad Social ha sido bien distinta. En este sentido, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha resuelto recientemente a favor de la concesión de la prestación de maternidad a la persona individual o pareja (con independencia del sexo entre cónyuges) que ha celebrado un contrato de gestación por subrogación en un país extranjero. En definitiva, se plantea en esta sede si la persona o pareja comitente, es decir, la que se hará cargo de los cuidados del menor, tienen derecho o no a la suspensión del contrato de trabajo y la consiguiente prestación por maternidad a cargo de la Seguridad Social en sustitución de la renta dejada de percibir por la ausencia de prestación laboral. Por descontado se ha descartado que la madre gestante o biológica pueda acceder a dicha prestación, pues se trata de una ciudadana extranjera que difícilmente cumpliría los requisitos para acceder a la misma (afiliación, alta y en su caso cotización) y, además, lo normal es que renuncie a todo derecho generado por el embarazo a través del contrato de gestación². A simple vista, la nulidad de este tipo de contratos, su carácter ilícito en España, unido al silencio que guarda la legislación laboral sobre el particular, parecen inclinar la balanza hacia una respuesta negativa. Además, como ha sido señalado doctrinalmente, “resulta difícil entender que la gestación por sustitución suponga una situación protegida por maternidad, pues la solicitante de la prestación no ha sido madre, ni ha dado a luz, ni ha pasado por situación de embarazo; y en el caso de un varón que solicita la prestación, evidentemente no puede admitirse que esté en situación de

1 GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “La prestación por maternidad en los casos de gestación por sustitución o maternidad subrogada (vientres de alquiler)”, *Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2017, p. 3 (BIB 2017/10517).

2 GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “La prestación”, cit., p. 12.

maternidad"³. Ahora bien, el Tribunal Supremo, en sendos pronunciamientos del año 2016 adoptados por el Pleno de la Sala de lo Social, seguidos posteriormente por otras sentencias durante el año 2017, ha terminado por reconocer el derecho a la prestación de maternidad en los supuestos de maternidad subrogada. Este reconocimiento se ha dado, indistintamente, a padres solteros, a parejas de un mismo sexo, así como a las formadas por un hombre y una mujer que no han podido/querido tener descendencia por otros medios. En esencia, junto con otra serie de argumentos jurídicos, el principal motivo por el que se ha reconocido la prestación de maternidad ha sido con base al interés superior del menor. Efectivamente, se ha llegado a la conclusión de que la prestación de maternidad no protege única y exclusivamente a la madre, sino también al recién nacido, quien merece en sus primeras etapas unos cuidados singulares. Asimismo, se ha entendido por el Tribunal Supremo que negar la prestación en los casos de maternidad subrogada supondría una discriminación del menor por su origen o filiación. Por lo tanto, la persona comitente en un contrato de gestación por sustitución obtendrá en España el derecho a lucrar la prestación por maternidad (que recordemos que en estos momentos se prolonga durante 16 semanas –o 18 en los casos de parto múltiple-). Se trata, sin lugar a dudas, tal y como ha sido manifestado por la doctrina, de una solución alcanzado por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo sobre un tema complejo y polémico, que es ciertamente innovadora y claramente protectora del menor⁴.

II. LA STS (PLENO) DE 25 DE OCTUBRE DE 2016.

El primer hito sobre este tema que ha sido debatido en el seno del Tribunal Supremo se produjo en una importantísima sentencia dictada por parte del Pleno de la Sala de lo Social en fecha de 25 de octubre de 2016 (recud. 3818/2015). El supuesto de hecho conocido por la citada sentencia consiste en un varón, en principio soltero (o por lo menos no consta en la sentencia que estuviera unido matrimonialmente con otra persona), que celebró un contrato de reproducción asistida en la India con una mujer de la que nacieron dos niñas. Las menores fueron inscritas en el Registro Civil del Consulado de España en la India y se pactó que sería el varón –comitente- quien, en exclusiva, pasaría a asumir todas las funciones y obligaciones que se derivan de la patria potestad.

La controversia, en este caso de naturaleza social, nació de la solicitud del padre biológico a la hora de acceder a la prestación por maternidad, puesto que el INSS le negó su concesión argumentando que la legislación de Seguridad Social no protege estas situaciones. En este supuesto, el padre era biológico porque fue

3 GORELLI HERNÁNDEZ, J.: "La prestación", cit., p. 12.

4 GALA DURÁN, C.: "Las novedades en el ámbito del permiso por maternidad y la prestación de maternidad subrogada", *La Administración Práctica*, núm. 4, 2017, p. 5 (BIB 2017/1167).

quien aportó sus gametos a la mujer que gestó a las menores en su seno para, posteriormente, entregárselas al primero.

Tras pasar por las diferentes instancias judiciales, el asunto llegó a manos del Tribunal Supremo, que resolvió a favor del solicitante reconociéndole el derecho a lucrar la prestación por maternidad. Para llegar a esta solución, el Tribunal Supremo tuvo que superar varios escollos interpretativos de calado, pasando por encima de la dicción literal de la legislación vigente. El primero de esos obstáculos viene de la ilegalidad en nuestro país de los contratos de gestación subrogada. Así se deduce claramente del artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida que señala con meridiana claridad 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”. Por esta razón, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (vgr. en Sentencia de 6 de febrero de 2013, rec. 245/2012) ha venido negando la inscripción civil de los hijos nacidos por vía de un vientre de alquiler (aunque posteriormente la DGRN la ha venido aceptando en determinados supuestos).

En este sentido, ha entendido la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que la gestación por sustitución “es contraria al orden público internacional español por resultar incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares, en concreto de la filiación, inspiradas en valores constitucionales de dignidad de la persona, respeto a su integridad moral y protección de la infancia”. Junto con ello, el artículo 177 TRLGSS, cuando se refiere al elenco de situaciones protegidas, cita expresamente la maternidad, la adopción y el acogimiento, sin incluir de forma expresa, como es natural, la maternidad por gestación subrogada. Por su parte, el artículo 2.2 del RD 295/2006, de 6 de marzo, tampoco contiene una mención expresa sobre los nacimientos ocasionados a través de un “vientre de alquiler”. Por lo tanto, los argumentos que podrían provocar la denegación de la prestación serían, principalmente, el silencio mantenido por la norma legal de Seguridad Social y la nulidad del contrato de gestación por sustitución.

Ahora bien, tal y como he anticipado con anterioridad, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha manejado otros argumentos jurídicos para sortear el silencio legal y el carácter ilegal del contrato de gestación por sustitución. Éstos han sido, *grosso modo*, los siguientes:

a) El interés superior del menor como canon interpretativo de relevancia a la hora de colmar lagunas legales o decantar la exégesis de un precepto determinado. En este sentido, se parte del criterio de que la prestación de maternidad no protege única y exclusivamente a la madre, sino también al menor, quien debe de recibir durante sus primeros meses de vida unos cuidados especiales.

b) Porque las situaciones protegidas por la prestación por maternidad son parcialmente abiertas en el RD 295/2009. En este sentido, el artículo 2 del texto reglamentario equipara jurídicamente a los casos de adopción “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”. Por lo tanto, a juicio del Tribunal Supremo, la reproducida redacción reglamentaria permite cierta flexibilidad interpretativa. Ahora bien, como tal y como se ha afirmado doctrinalmente, opinión con la que coincido, el sentido de este precepto no es el de equiparar la maternidad subrogada a la adopción o la guarda, sino simplemente el reconocimiento de aquellas otras figuras o instituciones jurídicas de ordenamientos extranjeros que tengan efectos similares a la adopción y la guarda, tengan el nombre que tengan, con el requisito de que se declaren a través de resoluciones judiciales o administrativas que acrediten su existencia⁵.

c) En el presente supuesto, el padre es el único de los progenitores que materialmente está al cuidado de las dos menores y, por ello, reconocerle la prestación es la única forma de atender a la situación de necesidad derivada de tal circunstancia.

d) Porque la nulidad del contrato no elimina la situación de necesidad surgida por el nacimiento ocasionado por la gestación por sustitución. Así las cosas, en ocasiones, el ordenamiento laboral reconoce ciertos efectos en los casos de nulidad del contrato de trabajo, por ejemplo, a la hora de abonar los salarios por la prestación de servicios efectivamente llevada a cabo hasta la fecha en la que se declara dicha consecuencia jurídica. Por lo tanto, una cosa sería la nulidad civil del contrato y otra la situación de necesidad que desde la Seguridad Social cabe proteger. En este sentido, sólo cabría limitar este derecho en los casos de fraude o abuso de derecho a la hora de acceder a las prestaciones de Seguridad Social, extremo que no se ha producido en el caso resuelto por el Tribunal Supremo.

No cabe perder de vista tampoco, que la STS de 25 de octubre de 2016 cuenta con varios votos particulares, uno de ellos centrado en la ausencia de contradicción y los restantes pronunciándose sobre el fondo del asunto y en los que se aboga por una solución distinta. En cualquier caso, la mayoría de la Sala optó por acoger la tesis consistente en el reconocimiento de la prestación de maternidad al padre biológico de las menores, que había sido parte del contrato de gestación subrogada. Como veremos más adelante, esta tesis se ha mantenido para este y otros supuestos distintos, perfilándose una sólida postura por el Tribunal Supremo que ha venido reconociendo la prestación de maternidad en

5 GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “La prestación”, cit., p. 19 (BIB 2017/10517).

España al padre o madre comitente, es decir, cualquiera que no hubiera gestado en su seno el embrión que *de facto* actúe como tales, en el cumplimiento de las distintas funciones y obligaciones derivadas de la patria potestad.

III. LA STS (PLENO) DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2016.

Poco tiempo después desde que se dictara la sentencia de 25 de octubre de 2016, el Tribunal Supremo se volvió a reunir en Pleno para debatir sobre el acceso a la prestación de maternidad en un supuesto de gestación subrogada, esta vez, actuando como comitentes dos personas que formaban una pareja heterosexual. Ambos suscribieron un contrato con una mujer de San Diego (California) que cedió su vientre para gestar un embrión que posteriormente fue inscrito en el Consulado de España en Los Ángeles como hijo de la pareja comitente. La mujer que no había dado a luz, pero que, *de facto*, era la persona que ejercía de madre del menor, solicitó al INSS la prestación de maternidad, siéndole denegada por la citada entidad gestora.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 16 de noviembre de 2016 (recud. 3146/2014) volvió ahondar en la idea del interés superior del menor, predicado por la Convención sobre los derechos del niño (artículos 2 y 3) y en el artículo 39.2 CE como uno de los fundamentos principales para reconocer la prestación de maternidad en estos casos. Concretamente, el artículo 39.2 CE proclama que los poderes públicos deberán de asegurar la protección integral de los hijos y su igualdad ante la ley con independencia de su filiación.

Esta segunda sentencia dictada por el Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo recurre, básicamente, a los mismos argumentos que ya habían sido utilizados en su pronunciamiento anterior de fecha de 25 de octubre de 2016, centrándose quizá un poco más, en alguna idea concreta. Por ejemplo, incide en la protección de las relaciones familiares *de facto* y que las mismas constituyen un medio idóneo para lograr la concesión de la prestación por maternidad. Asimismo, se argumenta que el periodo de 16 semanas de descanso por maternidad comparte una doble finalidad: de un lado, atender a la recuperación de la madre; por otro lado, la protección de las especiales relaciones entre la madre y el hijo después de su nacimiento. En los casos de parto natural se establece un descanso obligatorio de 6 semanas posteriores al parto, atendiendo al debido reposo de la madre biológica. Ahora bien, en los casos de adopción o acogimiento nuestra legislación también prevé un descanso de 16 semanas, por tanto, de idéntica duración, atendándose exclusivamente a la segunda finalidad, es decir, a la protección del vínculo entre la madre y su hijo durante sus primeros meses de vida.

En sentido contrario, se ha sostenido por parte de la doctrina que el subsidio por maternidad no tiene como finalidad velar por el interés superior del menor, ya que, a fin de cuentas el beneficiario de la prestación es el progenitor que, además, puede renunciar al mismo en cualquier momento, extinguiéndose el derecho con la reincorporación voluntaria al trabajo⁶. En mi opinión, pese a que la prestación sea percibida, como es natural, por el progenitor, unido al hecho de que ésta sea dispositiva, no significa que proteja única y exclusivamente a la madre, sin que el menor no sea también objeto del bien jurídico protegido, en el sentido de que, evidentemente, durante sus primeros meses de vida precisa de una serie de cuidados y atenciones específicas que nuestro sistema de Seguridad Social atiende dispensando una duración de 16 semanas (superior, por tanto, a la que necesita una madre para recuperarse). Por lo tanto, entiendo que en la naturaleza jurídica de la prestación por maternidad se conjugan los intereses confluyentes entre la madre y el hijo, que no quedarían desvirtuados por el hecho de que el descanso se pueda disfrutar con anterioridad al parto. De hecho, en los casos de maternidad subrogada el disfrute de la prestación lo será, siempre y en todo caso, con posterioridad al parto. Se argumenta también que la situación jurídica del menor de edad deriva de una resolución judicial extranjera por la que se inscribió como hijo de la pareja comitente en el Consulado de España en Los Ángeles, entrando de esta manera, en la dicción del artículo 2.2 RD 295/2006 que asimila estos supuestos a la adopción y al acogimiento.

En definitiva, tal y como era de esperar atendiendo al precedente fijado por la Sala en su sentencia de 25 de octubre de 2016, finalmente el Tribunal Supremo falló a favor de la trabajadora y, por lo tanto, ésta tuvo reconocida la prestación por maternidad pese que el nacimiento del menor se hubiera producido a través de la gestación por sustitución en EEUU. Nuevamente, esta segunda sentencia cuenta con varios votos particulares que abogaron por una solución distinta.

IV. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL CONFORMADA POR SENTENCIAS POSTERIORES DEL TRIBUNAL SUPREMO RECONOCIENDO EL DERECHO A LA PRESTACIÓN POR MATERNIDAD EN LOS CASOS DE GESTACIÓN SUBROGADA.

Tras sendos pronunciamientos dictados por parte del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que entraron a resolver un tema que hasta ese momento no había sido conocido por el citado órgano judicial, se han resuelto una serie de sentencias que han vuelto a reconocer el derecho a la prestación por

⁶ ARAGÓN GÓMEZ, C.: "La legalización de facto de la maternidad subrogada. A propósito de los recientes pronunciamientos de la sala de lo social del tribunal supremo con respecto a las prestaciones por maternidad", *Revista de Información Laboral*, núm. 4, 2017, p. 15 (BIB 2017/11072).

maternidad en los casos de gestación subrogada, alcanzándose en todas ellas la misma solución garantista para los intereses del padre/madre y del menor.

La primera de ellas se dictó al poco tiempo de emitirse los pronunciamientos dictados por el Pleno de la Sala de lo Social. Concretamente, me estoy refiriendo a la sentencia del Tribunal Supremo de fecha de 30 de noviembre de 2016 (recud. 3183/2015). El supuesto de hecho que originó la controversia jurídica consistió en la solicitud de prestación de maternidad de un progenitor registral y padre biológico de un menor nacido de una mujer que renunció a la filiación materna. Curiosamente, el citado varón obtuvo la prestación por paternidad, pero le fue denegada la relativa a la maternidad. No en vano, la STS de 30 de noviembre de 2016 se hizo eco de los argumentos jurídicos utilizados por las precedentes sentencias del Pleno para, finalmente, optar por conceder la prestación de maternidad al padre biológico. En este supuesto el comitente forma un núcleo familiar con el menor al que le presta atención y cuidados parentales, teniendo por ello una relación *de facto* cuyo vínculo cabe proteger desde la perspectiva de la Seguridad Social. Así las cosas, en los casos de maternidad por subrogación también se producen relaciones especiales entre el padre y el hijo, posteriores al nacimiento del menor y que han de ser debidamente protegidas. En esta última sentencia, el Tribunal Supremo intenta salvar el recurso al “oportunismo jurídico” o una eventual interpretación en contra de lo establecido por la normativa, acentuando que “no se trata de violentar lo preceptuado por el legislador sino de aquilatar el alcance de sus previsiones, armonizando los diversos mandatos confluyentes”.

Posteriormente, se dictó la STS de 22 de noviembre de 2017 (recud. 1504/2015). En este supuesto era una mujer la que figuraba inscrita en el Registro Civil del Consulado General de España en Los Ángeles como progenitora de dos niños gemelos nacidos de unos padres biológicos que renunciaron voluntariamente a la filiación conforme se pactó en el oportuno contrato de gestación por sustitución. El Tribunal Supremo reconoció a la madre *de facto* el acceso a la prestación de maternidad en nuestro país y los argumentos manejados para llegar a dicha conclusión fueron exactamente los mismos que los utilizados en las sentencias del Pleno, por lo que en este punto, en aras de no resultar reiterativo, no volveré a reproducirlos. La particularidad de este supuesto, en relación con los anteriores, se produce porque la persona comitente es una mujer de la que no costa en la sentencia que estuviera unida matrimonialmente con ninguna otra persona. Ahora bien, la *ratio decidendi* es exactamente la misma que en los pronunciamientos precedentes y la conclusión, evidentemente, la misma.

Justo un año después de la segunda sentencia del Pleno, el Tribunal Supremo volvió a pronunciarse sobre esta cuestión en su sentencia de 30 de noviembre

de 2017 (recud. 4105/2015). El supuesto de hecho consistió, en este caso, en un matrimonio entre dos personas del mismo sexo (dos hombres) que decidieron tener descendencia a través de la técnica de reproducción asistida basada en la gestación subrogada o “vientre de alquiler”. Para lograr dicha finalidad, concertaron un negocio jurídico con una mujer de California que tras alumbrar al bebé se lo cedió a la pareja comitente, siendo que, en el Registro Civil del Consulado General de España en Los Ángeles, la niña aparece inscrita como hija de ambos cónyuges.

En línea con lo resuelto anteriormente por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en este supuesto también se optó por otorgar a uno de los padres la correspondiente prestación por maternidad. Ahora bien, en la sentencia del Tribunal Supremo de fecha de 30 noviembre de 2017 se nos plantea un escollo adicional, que viene representado porque en fecha de 24 de enero de 2017 se dictó una sentencia por parte de la Sala General del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso Paradiso y Campanelli contra Italia). Se trata de una pareja italiana que celebró un contrato de gestación por subrogación en Rusia y, posteriormente, las autoridades italianas iniciaron un procedimiento de sustracción del menor para que sea entregado a los servicios sociales. El TEDH negó que existiese una verdadera “vida familiar”, teniendo en cuenta, tanto la ausencia de un vínculo biológico entre el niño y los demandantes, como la corta duración de las relaciones entre ellos: la convivencia con el hijo en Italia había sido de apenas 6 meses. En definitiva, el TEDH llegó a la conclusión de que no existe violación del Artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos sobre derecho al respeto a la vida privada y familiar al retirar, por parte de las autoridades italianas, la custodia de los padres contratantes no biológicos. Ahora bien, la STS de 30 de noviembre de 2017 se aparta del pronunciamiento del TEDH al entender que no se refiere a un supuesto de prestaciones en materia de Seguridad Social y porque, además, en el caso resuelto por el tribunal español no existía una corta duración en la relación paterno-filial “de hecho”, ni la existencia de la STEDH de 24 de enero de 2017 significa que deba desconocerse el interés del menor cuando falta la relación biológica con el progenitor legal.

El último de los pronunciamientos sobre el que he tenido conocimiento en el momento de cerrar este comentario fue el producido por la STS de 14 de diciembre de 2017 (recud. 2066/2016). En este supuesto fueron dos hombres los que aparecen inscritos en el Registro Civil del Consulado General de España en Chicago y los que celebraron un contrato de gestación subrogada con una mujer que renunció a la filiación. Uno de ellos fue el que solicitó del INSS la prestación por maternidad que le fue denegada. La citada sentencia, de 14 de diciembre de 2017, reproduce con integridad los argumentos utilizados por las sentencias del Pleno de la Sala de 25 de octubre y 16 de noviembre del año 2016, que ya he comentado *supra*, por lo que no ahondaré en los mismos nuevamente. Si se ha

tenido ocasión de seguir el hilo argumental mantenido por los pronunciamientos emitidos por parte del Tribunal Supremo y que han sido comentados en las líneas precedentes, en este caso, el citado órgano judicial también resolvió a favor de la concesión de la prestación de maternidad al solicitante –en este caso, varón–.

V. CONCLUSIONES.

Como se habrá podido comprobar tras la lectura de lo argumentado a lo largo de las precedentes páginas, el Tribunal Supremo ha interpretado con flexibilidad y amplitud los supuestos en los que cabe reconocer el derecho a la prestación por maternidad cuando el menor ha nacido mediando un contrato de gestación subrogada. Con todo, cabe dejar asentado que en todos los supuestos conocidos por el Tribunal Supremo se considera como hecho probado que la filiación tuvo acceso al registro consular correspondiente.

Estamos ante una interpretación flexible, no rigurosa, porque se ha superado el tenor literal de la legislación estatutaria y de Seguridad Social a través de una exégesis sistemática donde se han tenido en cuenta otros principios y valores. Efectivamente, cuando en el Estatuto de los Trabajadores se regula la suspensión del contrato de trabajo por causa de la maternidad no se prevén expresamente los supuestos de gestación por sustitución. Por su parte, la normativa de Seguridad Social tampoco se refiere explícitamente a esta particular forma de concebir un embrión. No en vano, el reglamento que regula las prestaciones económicas por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia contiene una vía, una suerte de cláusula abierta, para poder integrar en el la norma jurídica todos estos supuestos, ya que en su artículo 2.2 se asimilan a la adopción y acogimiento las instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras. No cabe perder de vista en este punto que la mayoría de estos casos provienen de una previa inscripción registral de la filiación a favor del comitente o comitentes por el Consulado de España en el país donde se ha practicado la gestación por subrogación. Además, en algunos casos, dicha inscripción deriva de la existencia de una sentencia extranjera que ha validado la filiación del comitente o comitentes.

En cualquier caso, no cabe desconocer que la gestación por sustitución como técnica de reproducción asistida está prohibida en España, civilmente con la nulidad de los contratos celebrados con dicha finalidad, lo que se traduce, también, en las limitaciones a la hora de inscribir registralmente al menor; así como, penalmente, castigándose como delito en nuestro Código Penal. En este punto, la interpretación flexible, que no desconoce la nulidad civil de este tipo de acuerdos en nuestro país, pasa por la protección del interés superior del menor; la salvaguarda de las relaciones familiares “de hecho” y la existencia de una situación de necesidad

que cabe cubrir. El interés superior del menor es un principio interpretativo de carácter internacional y constitucional y está conectado con el derecho a la no discriminación por razones de filiación, siendo que, la prestación por maternidad también protege al hijo durante sus primeros meses de vida —y no sólo a la madre—. En efecto, se produciría una situación discriminatoria en contra del menor que ha sido concebido a través de esta técnica reproductiva, extremo que se encuentra vedado por normativa internacional y nacional que es de carácter constitucional o prevalente.

En definitiva, el principio del interés superior del menor tiene características de orden público, de tal forma que los jueces y tribunales tienen necesariamente que inspirarse en él a la hora de tomar cualquier decisión que afecte a un menor⁷. La salvaguarda de las relaciones familiares “de hecho” puede apreciarse en que, desde el momento en el que la madre gestante renuncia a las obligaciones propias de la patria potestad, el núcleo familiar lo conforman el comitente o comitentes con el menor o menores nacidos por esta vía. Por lo que respecta a la situación de necesidad, cabe aducir que ésta persiste con independencia de las repercusiones civiles o penales que se puedan derivar de dicho negocio jurídico. En este sentido, sigue existiendo un menor que precisa de una serie de atenciones especiales durante sus primeros meses de vida, cometido que compete a la persona que se encuentra a su cargo y que, si desempeña una actividad laboral, tendría derecho a una suspensión de su contrato y el acceso a la oportuna prestación de Seguridad Social durante dicho periodo.

Por lo que respecta a la amplitud, vendría explicada porque la doctrina sentada del Tribunal Supremo alcanza a una pluralidad de situaciones personales y diversas formas de llevar a cabo la gestación por sustitución. En este sentido, la prestación por maternidad la puede solicitar una mujer unida sentimentalmente con un hombre que, por la razón que sea, no haya podido tener hijos por otros medios. En estos casos, las formas de concebir son múltiples, puesto que el embrión puede provenir del vínculo genético de la propia pareja, insertándose posteriormente en el útero de una tercera mujer, de gametos procedentes de la donación (de ambos o de uno sólo de la pareja), o con los óvulos de la gestante. En cualquiera de estas opciones, con independencia del origen de los genes del menor, la mujer comitente tendrá acceso a la prestación por maternidad, mientras que el varón podrá solicitar la prestación por paternidad (sin perjuicio de las eventuales cesiones que la ley permite entre la mujer y el hombre a la hora de disfrutar de la citada suspensión retribuida). Junto con ello, la prestación por maternidad puede derivarse de una familia monoparental, es decir, de un hombre o una mujer solteros que acuden a un “vientre de alquiler” para tener descendencia. Ambos

7 HIERRO HIERRO, J.: “Maternidad subrogada y prestaciones de Seguridad Social”, *REDT*, núm. 190, 2016, p. 22 (BIB 2016/80288).

supuestos han sido conocidos por el Tribunal Supremo y han recibido idéntico tratamiento en el sentido de poder lucrar la prestación por maternidad, con independencia de que el solicitante sea un hombre o una mujer. En el primer supuesto será habitual que el hombre aporte sus gametos, siendo padre biológico del menor nacido en el vientre de una mujer con la que ha perfeccionado un contrato de gestación subrogada. En el segundo de los casos será habitual que el gameto masculino provenga de un donante, siendo indiferente que el óvulo sea de la mujer comitente o de la mujer gestante puesto que, en ambos casos, se podrá acceder a la prestación por maternidad. Asimismo, también se tiene derecho a la prestación en los casos de parejas formadas por dos personas del mismo sexo que acuden a la gestación subrogada para tener descendencia. En este sentido, es bastante menos frecuente que dos mujeres lleven a cabo esta práctica reproductiva, de hecho, en las sentencias analizadas éste es único caso sobre el que no ha conocido el Tribunal Supremo, aunque la respuesta sería la misma, pues cabría reconocerle este derecho a la mujer que solicite la prestación. Algo más comunes son los supuestos de parejas formadas por dos hombres, en cuyo caso, lo más normal será que uno de ellos sea el padre biológico del menor. Pero con independencia de este dato, cualquiera de ambos tendrá derecho a solicitar un descanso retribuido de 16 semanas –o 18 en caso de que nazcan dos o más hijos–, mientras que el otro, entiendo, que podrá solicitar la prestación de paternidad, que en la actualidad es de 1 mes de duración. En definitiva, a la luz de la doctrina del Tribunal Supremo para acceder a la prestación por maternidad y, en determinados casos, por paternidad, es indiferente la relación familiar que tenga la persona o personas que acuden a otro país para practicar la reproducción por gestación subrogada.

El INSS se ha hecho eco de esta interpretación y en estos momentos ya reconoce el derecho a la prestación por maternidad en los casos de hijos nacidos por gestación subrogada⁸. Resta ahora por dilucidar, porque el Tribunal Supremo no lo resuelve, cuando se entiende producido el hecho causante en los supuestos de gestación subrogada. Podemos tener varias fechas en consideración⁹: a) cuando el trabajador viaja al país extranjero para estar presente en el momento del parto; b) en la fecha del nacimiento del menor; c) cuando la relación paternofamiliar queda constituida en el país extranjero; d) cuando la filiación se inscribe en el registro español. En este sentido, el INSS considera que la prestación se entiende causada en la fecha del nacimiento del hijo o hijos. Por lo tanto, en dicho momento sobreviene la contingencia protegida. Naturalmente, la prestación no puede adelantarse a momentos previos puesto que ninguna de las personas comitentes va a ser gestante. Pero llama la atención que no se pueda extender a 4 semanas antes de la resolución judicial por la que se constituye el vínculo filial en los casos de

8 Vid. Consulta 29/2016, de 13 de diciembre.

9 Vid. ARAGÓN GÓMEZ, C.: “La legalización”, cit., p. 15.

adopción cuando los padres tienen que desplazarse al extranjero. Quizás podría aplicarse analógicamente esta previsión y poder iniciar el disfrute de la prestación cuando el comitente o comitentes viajan al país de la mujer gestante. Ahora bien, ante el silencio del legislador y salvo corrección judicial, cabe aplicar el criterio mantenido por el INSS que reconoce el inicio de la prestación en el momento del alumbramiento.

En fin, de acuerdo con la sentada jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, cualquier persona que solicite una prestación por maternidad en nuestro país cuando haya celebrado en el extranjero un contrato de gestación por sustitución, ocupando la posición jurídica de comitente, siempre y cuando tenga atribuida la filiación por estar oficialmente inscrita en el Registro del Consulado de España en el territorio donde se haya llevado a cabo dicho negocio, tendrá derecho a la prestación por maternidad.

BIBLIOGRAFÍA

ARAGÓN GÓMEZ, C.: “La legalización de facto de la maternidad subrogada. A propósito de los recientes pronunciamientos de la sala de lo social del tribunal supremo con respecto a las prestaciones por maternidad”, *Revista de Información Laboral*, núm. 4, 2017.

GALA DURÁN, C.: “LAS NOVEDADES EN EL ÁMBITO DEL PERMISO POR MATERNIDAD Y LA PRESTACIÓN DE MATERNIDAD SUBROGADA”, *LA ADMINISTRACIÓN PRÁCTICA*, NÚM. 4, 2017.

GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “LA PRESTACIÓN POR MATERNIDAD EN LOS CASOS DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN O MATERNIDAD SUBROGADA (VIENTRES DE ALQUILER)”, *ARANZADI DOCTRINAL*, NÚM. 1, 2017.

HIERRO HIERRO, J.: “MATERNIDAD SUBROGADA Y PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL”, *REDT*, NÚM. 190, 2016.