

**GEORGINA VILALTA MARQUETA**

# La prestación de maternidad en la gestación subrogada

---

**TRABAJO DE FIN DE GRADO**

**Dirigido por el Sr. Eduard Ortiz**

**Grado en Relaciones Laborales y Ocupación**



UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

**Tarragona  
2017**

## **Resumen**

Este trabajo busca una posible respuesta a la gran polémica que ha causado en los últimos tiempos la maternidad subrogada, ya que, a pesar de que en España es nulo de pleno derecho, en otros países es legal y muchos padres se decantan en ir a otros países a buscar a los menores, para traerlos como sus hijos a España. El fundamento principal de este trabajo es analizar la posible viabilidad, es decir si ¿se pueden inscribir al registro civil, a los menores, como hijos de los padres subrogados? o ¿pueden percibir la prestación por maternidad?

## **Abstract**

This study looks for an answer to the great controversy that surrogated motherhood has caused in recent times. In Spain this action is considered invalid, while in other countries it is legal, and a lot of people that want to become parents, choose the option of travelling to other countries and look for a younger child to take him back to Spain as their son. The aim of this study is to analyse the possible viability, that is, if it is possible to inscribe this children to civil registry as surrogated parent's children, or if they can receive the maternity benefit.

## Índice

<b>1- Introducción</b> .....	3
<b>2. Marco Normativo</b> .....	5
<b>3. Diferentes supuestos legales de concesión de la prestación por maternidad</b> .....	8
<b>3.1 Derecho internacional y comunitario</b> .....	8
<b>3.2 Normativa legal Española</b> .....	13
<b>4- Gestación subrogada</b> .....	16
<b>4.1 - Concepto</b> .....	16
<b>4.2- Legislación</b> .....	16
<b>4.2.1-Derecho comparado:</b> .....	16
<b>4.2.2- Normativa Legal Española</b> .....	17
<b>4.2.3 Inscripción en el registro civil: Resoluciones jurídicas transcendentales para la filiación en el registro civil</b> .....	19
<b>4.3 - Derecho a la dignidad de la persona (contradicciones éticas)</b> .....	21
<b>5. ¿La maternidad subrogada es viable con la prestación de maternidad?</b> .....	25
<b>6. Conclusiones</b> .....	35
<b>7. Bibliografía</b> .....	39
<b>8. Anexo</b> .....	43

## 1- Introducción

La prestación de maternidad es una de las contingencias más protegidas del sistema español de la seguridad social, ya que busca la protección de un colectivo que se encuentra en una de las situaciones más vulnerables dentro de la sociedad.

Esta protección siempre ha estado en el punto de mira de todas las políticas laborales de los países más desarrollados y que han tenido en cuenta a este colectivo. Uno de los puntos de consenso que permitió esto, es, la primera homogeneización del concepto de trabajo entre los países firmantes en la famosa Dir. 92/85. Pero con el avance de la medicina, actualmente han desarrollado nuevos procesos de reproducción biológica como bien podría ser la inseminación artificial, la gestación subrogada, entre otras, estas innovaciones científicas ha dado lugar a nuevos escenarios dentro de la sociedad y de rebote dentro de la legislación de los países.

Ante la aparición de la gestación subrogada, saltaron las alarmas y las grandes preguntas, igualmente que salen siempre que se tratan temas de maternidad. La sociedad se empezó a preguntar ¿realmente es una metodología que cumple con la ética y las normas sociales? ¿Es una manera aceptable de concebir a un hijo? ¿Qué pasará con la legislación, habrá un proceso de adaptación? ¿Realmente hace falta que exista una ley concreta que lo regule con exactitud? La ciencia ha permitido numerosos avances para la humanidad, pero ¿cuáles son los límites que como sociedad legalizada queremos imponernos?

La gran incógnita que deja el sistema jurídico es que si un padre y/o una madre que han concebido a su hijo a través de un contrato de gestación subrogada ¿conseguirán filiarlo en el régimen civil Español como su hijo? ¿Tendrán derecho a percibir la prestación de maternidad? ¿Que pasara con la tutela del menor? ¿Y sí resulta ser que el padre subrogante es el padre biológico del niño? (es decir se han utilizado sus gametos para concebir al niño a través de la gestación subrogada).

El objetivo de este trabajo es analizar la postura del campo normativo anterior y actual para entender mejor la jurisprudencia y a continuación analizar también la pronunciación de los

tribunales sobre este tema y las soluciones que se les otorga a los sujetos causantes del derecho.

## **2. Marco Normativo**

### **Convenios OIT:**

- Convenio número 3, 29 de noviembre del 1919 sobre el empleo de las mujeres durante el proceso del parto (anterior y después del parto). Artículos 3 y 4.
- Convenio número 103, de 28 de junio del 1952. Artículos 1, 3,4 y 7.
- Convenio número 183, de 15 de julio de 2000. Artículos 2, 4, 6,9 y 10.

### **Comunitario:**

- Directiva 76/207/CEE (modificada el 2002)
- Directiva 92/85/CEE, 19 de octubre de 1992, medidas para promover la mejora de la seguridad y salud de la trabajadora embarazada.
- Directiva 96/34/CE, de 3 de junio de 1996, sobre permisos parentales y la ausencia de trabajo para conciliar la vida profesional y familiar y promover la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres.
- Convenio Europeo para los derechos Humanos<sup>1</sup>. Art. 8.

### **Unicef:**

- Convención sobre los derechos de los niños, 20 de noviembre del 1989. Artículo 3.

### **Legislación del derecho Comparado:**

- Italia → Ley 19 de febrero del 2004, Número 40
- Francia → Ley 1994-653 del 29 de julio del 1994 y el Código Penal Francés.
- Alemania → Ley 745/96, 13 de diciembre 1900
- Suecia → Ley inseminación artificial, número 1140, 20 de diciembre

---

<sup>1</sup> Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente.

## **Legislación Española:**

### Constitución Española:

- Art 10.2
- Art 39.2
- Art 14

### Código civil:

- Art 1275 (causa)
- Art 1271 (objeto)
- Art 1261 (requisitos)
- Art 1255

### Estatuto de los trabajadores:

- Art 45.1 Causas y efectos de la suspensión
- Art 48.5 Suspensión con reserva de puesto de trabajo
- Art 46. Excedencias

### Ley 14/2006, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida:

- Art 10. Gestación por sustitución

### Ley General de la Seguridad Social:

- Art 177. Situaciones protegidas. (maternidad)
- Art 178. Beneficiarios (maternidad)
- Art 183. Situaciones protegidas (paternidad)
- Art 184. Beneficiarios (paternidad)

### Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo<sup>2</sup>

- Art 2.2

### Resolución DGRN de 18 de febrero del 2009

---

<sup>2</sup> por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

Instrucción 5 de octubre del 2010

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

- Art. 954 y siguientes

Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.

- Art. 23. Oficinas Consulares del Registro Civil.
- Art. 81. Expedición de certificaciones.
- Art. 85. Recursos contra las decisiones adoptadas por los Encargados de las Oficinas del Registro Civil.

**Sentencias:**

- Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, 24 de enero del 2017, JUR 2017/25806
- Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, de 27 de Enero del 2015, demanda 25358/12
- Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, del 26 de Junio del 2014 (PROV 2014, 176908)
- Sentencia del tribunal Supremo número 953/2016 de 16 de noviembre, RJ/2016/6152
- Sentencia del tribunal Supremo (sala de lo social) numero 881/2016 de 25 octubre, RJ/2016/6167
- Sentencia del tribunal Supremo (sala de lo social) numero 944/2014 del 13 de mayo, AS/ 2014/1228
- Sala Primera del Tribunal Superior de justicia de Cataluña, recurso 245/2012 del 6 de febrero del 2014
- Juzgado de primera instancia en Valencia, audiencia provincial, NUM. 949/2011

### **3. Diferentes supuestos legales de concesión de la prestación por maternidad**

#### **3.1 Derecho internacional y comunitario**

##### **Internacional:**

La maternidad ha sido objetivo prioritario desde ya hace tiempo en la normativa jurídica, tanto internacionalmente como la comunitaria. Ha estado protegida desde muchas áreas, como bien pueden ser la área de derecho del trabajo, la seguridad social o bien también la seguridad e higiene en el trabajo.

La protección de la maternidad aparece `por primera vez a finales del siglo XIX y principios del siglo XX. Llegó con la revolución industrial ya que muchas mujeres empezaron a trabajar con lo cual no tenían tanto tiempo para criar a los niños (antiguamente era la mujer quien lo hacía) , al estado tampoco le interesaba que las mujeres terminaran con “sus fines reproductivos” por lo que nació la necesidad de dar una protección de maternidad con un fin natalista.

En el ámbito internacional principalmente encontramos los convenios de la OIT con referencia a la mujer trabajadora, los convenios son el número 3, 103 y 183, también se puede hacer referencia a los convenios número 132, 136 y el 156.

Convenio número 3<sup>3</sup>:

El primer convenio de la OIT que hizo referencia a la mujer trabajadora fue en fecha del 29 de noviembre de 1919 en el Convenio número 3 haciendo referencia al empleo de las mujeres durante el proceso del parto, tanto antes como después (en España entró en vigor el día 4 de julio de 1923). En dicho convenio se establece en su artículo 3 un periodo de descanso de 6 semanas:

---

<sup>3</sup> Protección de la maternidad. (2017). Ilo.org. Obtenido el 17 de julio de 2017, de <http://www.ilo.org/global/standards/subjects-covered-by-international-labour-standards/maternity-protection/lang--es/index.htm>

*“no estará autorizada para trabajar durante un período de seis semanas después del parto”.* También tendrá derecho a una prestación para la manutención del hijo y la suya propia, además también tendrá derecho a prestaciones “In Natura”, que era un derecho a un médico gratuito durante todo el proceso:

*“recibirá, durante todo el período en que permanezca ausente en virtud de los apartados a) y b), prestaciones suficientes para su manutención y la del hijo en buenas condiciones de higiene; dichas prestaciones, cuyo importe exacto será fijado por la autoridad competente en cada país, serán satisfechas por el Tesoro público o se pagarán por un sistema de seguro. La mujer tendrá además derecho a la asistencia gratuita de un médico o de una comadrona. El error del médico o de la comadrona en el cálculo de la fecha del parto no podrá impedir que la mujer reciba las prestaciones a que tiene derecho, desde la fecha del certificado médico hasta la fecha en que sobrevenga el parto.”*

Dichos descansos eran considerados de ausencia justificada, incluidas también las enfermedades derivadas del parto o la gestación del hijo, con lo cual en el artículo 4 de dicho convenio relata que si las trabajadoras que se encontraban en esta situación de descanso eran despedidas durante esa ausencia el despido procedía nulo.

Convenio numero 103<sup>4</sup>:

En 1952 se revisó el convenio número 3 mediante el convenio número 103 de 28 de junio (entró en vigor en España el 17 de agosto del 1966). En dicho convenio se cambiaron varios aspectos como por ejemplo la variación de la aplicación del ámbito, tanto del objetivo como del subjetivo del artículo 1 y del 7. En el artículo 3.1 queda expresamente señalado el derecho de la mujer trabajadora. En dicho convenio también se mejoró el aspecto de la duración del descanso maternal, ya que pasa a ser un periodo de 12 semanas de las cuales 6 deben de utilizarse inmediatamente después del parto, las 6 semanas posteriores podrán utilizarse después o con anterioridad al parto, según dicta el artículo 3 del convenio número 103.

En los apartados 5 y 6 del artículo 3 y con relación al artículo 4 del convenio 103

---

<sup>4</sup> Protección de la maternidad. (2017). Ilo.org. Obtenido el 17 de julio de 2017, de <http://www.ilo.org/global/standards/subjects-covered-by-international-labour-standards/maternity-protection/lang--es/index.htm>

Encontramos que el estado debe de proporcionar un descanso prenatal suplementario, como una prolongación del descanso puerperal (descrito en la recomendación 95 del 28 de junio del 1952 sobre protección de la maternidad).

Convenio número 183<sup>5</sup>:

El 15 de julio de 2000 fue la revisión del convenio 103 por el convenio 183 (en España entró en vigor en fecha 7 de febrero del 2002, aunque no ha sido ratificado). En dicho convenio trata de la promoción de la igualdad entre ambos sexos en el trabajo y en especial el derecho de la mujer trabajadora.

En el artículo 2 encontramos la primera diferencia ya que ha acogido una extensión mayor en su ámbito de aplicación “*1.El presente Convenio se aplica a todas las mujeres empleadas, incluidas las que desempeñan formas atípicas de trabajo dependiente.*” en el artículo 2.1 por lo contrario, los estados miembros pueden excluir del ámbito de aplicación dependiendo la categoría profesional.

En el artículo 4 de dicho convenio relata que un médico debe de señalar una fecha del parto aproximadamente, y desde ese día hasta la fecha real del parto la trabajadora ya tendrá derecho al periodo de descanso de 14 semanas, que una vez finalice el periodo de maternidad la trabajadora tendrá derecho a volver a su puesto de trabajo con la misma retribución.

Además de preocuparse por la salud del hijo y de la madre, dicho convenio en su artículo 6 también denota una importancia de carácter económico ya que da una protección económica a la trabajadora en situación de maternidad, denominada “protección pecuniarias”, dicha prestación irá delimitada por la legislación de cada estado miembro.

Por otra parte aquellas mujeres que no cumplan los requisitos para la prestación no quedarán excluidas del todo ya que el convenio ya ha creado otra asistencia prenatal en su artículo 6.6 que se tendrá derecho a la asistencia social (siempre que cumpla con los requisitos para dicha asistencia).

---

<sup>5</sup> Protección de la maternidad. (2017). Ilo.org. Obtenido el 17 de julio de 2017, de <http://www.ilo.org/global/standards/subjects-covered-by-international-labour-standards/maternity-protection/lang--es/index.htm>

Para finalizar dicho convenio en su artículo 10 expone una de los puntos más importantes ya que queda completamente prohibido el despido de una trabajadora que está embarazada o durante el periodo de disfrute de la maternidad o después de su reintegración en la empresa, en este caso cada estado miembro debe limitar el tiempo después de dicha reintegración. En este punto se acoge a un lenguaje más duro, ya que por desgracia se encuentra más de un caso de despido por una clara discriminación, aun estando prohibido. Es más en el artículo 9 queda expresamente prohibido que cuando una mujer quiere acceder a un lugar de trabajo se le obligue a realizar un examen médico para señalar si está embarazada o no, también queda prohibido pedir un certificado de dicho examen.

### **Comunitario:**

En el derecho comunitario la maternidad ya viene siendo una de los puntos más importantes en la legislación europea. En la directiva 76/207/CEE (modificada por la directiva 2002/73/CE) ya trataba la maternidad de la mujer como tema protegido, pero hasta la Directiva 92/85/CEE no se materializa.

En la legislación Europea encontramos dos directivas que realzan la protección de la maternidad, la primera i como principal seria la directiva 92/85/CEE<sup>6</sup> del consejo, de 19 de octubre de 1992, sobre la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, la otra directiva seria la Directiva 96/34/CE<sup>7</sup> del consejo, de 3 de junio de 1996, sobre los permisos parentales y la ausencia de trabajo, para conciliar la vida profesional y familiar, y promover la igualdad de oportunidades, y de trato entre hombres y mujeres.

---

<sup>6</sup> Directiva 92/85/CEE: 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, Lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391 / CEE) | Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo (INSHT). (2017). Insht.es. Obtenido el 17 de julio de 2017, de <http://www.insht.es/portal/site/Insht/menuitem.1f1a3bc79ab34c578c2e8884060961ca/?vgnextoid=328589b7de2a5110VgnVCM100000dc0ca8c0RCRD&vgnnextchannel=75164a7f8a651110VgnVCM100000dc0ca8c0RCRD>

<sup>7</sup> Directiva 96/34/CE: EUR-Lex - 31996L0034 - ES - EUR-Lex. (2017). Eur. Consultado el 17 de julio de 2017, desde <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A31996L0034>

De todos modos podríamos decir que la Directiva 92/85/CEE es la primera norma comunitaria que abarca todos los aspectos relativos a la protección de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz recientemente o en período de lactancia. Esta Directiva regula permiso de maternidad en el artículo 8.1, que dicta: *“Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que las trabajadoras a que se refiere el artículo 2 disfruten de un permiso de maternidad de como mínimo catorce semanas ininterrumpidas, distribuidas antes y/o después del parto, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales”*

Además también expresa concretamente en el art. 9 de permisos para exámenes prenatales, en el art. 10 de la prohibición de ser despedida desde el comienzo del embarazo hasta de ser despedida desde el comienzo el embarazo hasta la terminación de la baja maternal, manteniendo durante este periodo una prestación económica adecuada regulado en el art. 11.2.b. Esta Directiva ha sido modificada varias veces, la última la Directiva 2007/30/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2007.

Durante el desarrollo de la norma vemos como objetivo la salud de la trabajadora embarazada como persona vulnerable, y mantenimiento estable de su empleo y su sustento económico ya marcando entonces una diferencia entre la baja por maternidad y la baja por enfermedad.

Después de esta ha habido varias Directivas que se han ocupado de la salud , como protección de los elementos carcinógenos, Directivas 91/322/CEE y 98/24/CE sobre protección de los trabajadores frente a agentes químicos, y otras Directivas más que regulan sobre la protección frente varios agentes concretos de riesgo, todo encuadrado dentro de riesgos laborales.

De otro lado vemos la Directiva 96/34/CE que regula lo que se ha venido a llamar la conciliación familiar y el trabajo, poniendo hincapié en el permiso parental, y vehiculando un acuerdo Marco que establezca las disposiciones mínimas que permitan a los Estados miembros articular las normas que se refieren a *“las condiciones de concesión del permiso parental y las condiciones de ejercicio del derecho a dicho permiso”* apartado 10 del preámbulo.

### 3.2 Normativa legal Española

Dentro de la normativa española primero iremos a la Constitución Española norma principal y origen de las demás, nada más empezar ya vemos el Artículo 10 que nos dice: *”1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”*.

En este artículo empieza a hablar sobre los derechos fundamentales de los españoles y de las garantías, más adelante en el artículo 14 habla de la igualdad ante la ley sin discriminación por sexo, raza o religión y por último en el artículo 39 habla de la protección política, jurídica y económica de la familia.

Pero para hablar de la protección a la mujer trabajadora primero nos iremos al Estatuto General de los trabajadores<sup>8</sup>, donde en el artículo 45 habla de suspensión del contrato por maternidad, paternidad, adopción, riesgo en el embarazo o en el periodo de lactancia natural en un niño menor de 9 meses.

En el artículo 46 atendiendo a la conciliación familiar habla de una excedencia por cuidado de hijos no superior a tres años, siendo indiferente la madre o el padre los que se pueden acoger a esta excedencia.

Por último en el artículo 48.5 del Estatuto de los trabajadores habla de la suspensión con la reserva de puesto y dicta que en los casos de adopción la suspensión del contrato tendrá una duración de 16 semanas y en casos de adopción múltiples en dos semanas por cada menor a partir del segundo. La suspensión tendrá efectos a elección del trabajador ya que puede ser a partir de la resolución judicial por la que se constituye la adopción o a partir de la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o acogimiento. También se vería regulado las

---

<sup>8</sup> Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

situaciones en que el menor es de otro país y los padres se tienen que movilizar para ir a buscarlo, en este caso la suspensión podría empezar antes del periodo marcado.

En la Ley General de la Seguridad Social<sup>9</sup>, que ha articulado todas las prestaciones sociales que se derivan de los derechos esenciales que ha marcado el estado, como por ejemplo todas las prestaciones que tienen que ver con la “maternidad” en general.

Dentro de la normativa española está regulado por la Ley general de la Seguridad Social en texto refundido aprobado por Real Decreto legislativo 8/2015 de 30 de octubre. Esta ley establece la protección que cubrirá las contingencias a que den lugar la situación de maternidad, embarazo e hijos menores.

Lo primero que encontramos en el artículo 60 es un complemento por maternidad que complementará las pensiones contributivas de jubilación, viudedad e incapacidad, de la mujer que haya tenido hijos biológicos o adoptados. El baremo va relacionado con el nº de hijos, si ha tenido dos hijos se completará con un 5%, 3 hijos un 10% y más de 4 un 15%.

En el capítulo VI, sección 1ª, el artículo 177, regula la situación de maternidad y dicta:

*“ A efectos de la prestación por maternidad prevista en esta sección, se consideran situaciones protegidas la maternidad, la adopción, la guarda con fines de adopción y el acogimiento familiar...”* con lo cual no se ve contemplada la maternidad subrogada en este artículo concretamente.

En el artículo 178 se especifica los beneficiarios de esta prestación de maternidad, 16 semanas,, que serán las personas que estén incluidas en un régimen de la Seguridad social. Social cualquiera que sea su sexo, ya se ha pasado de tener solo derecho la mujer a la maternidad a que también lo pueda disfrutar el padre, excepto las primeras 6 semanas que son exclusivas para la mujer, Estatuto de los Trabajadores art.48. También se desarrollan los requisitos y la cotización necesaria. En artículo 179 se regula la prestación económica que será el 100% de la base reguladora.

---

<sup>9</sup> Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

Para las mujeres que cumplan todos los requisitos para cobrar la prestación excepto el de la cotización, en el artículo 181 habla de una prestación no contributiva a los efectos del artículo 109. La duración será de 40 días a partir desde el parto.

En capítulo VII, artículo 183 y de acuerdo con lo dispuesto en el art. 48.7 del Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores aparece la prestación de paternidad, que al igual que la maternidad son situaciones protegidas el nacimiento de un hijo, la adopción, la guarda con fines de adopción y el acogimiento., se determinara por lo establecido en el art. 179.

Capítulo VIII, artículo 186, habla de situación protegida el riesgo durante el embarazo. Será el periodo de suspensión del contrato de trabajo en el supuesto que debiendo cambiar de lugar de trabajo por otro compatible con su estado, la mujer embarazada, no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda exigirse por motivos justificados, ya en el artículo 187 dice que este periodo quedara sujeto a los términos y condiciones previstos en la Ley para la incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales.

Capítulo IX artículo 188 riesgo durante la lactancia natural la situación protegida es igual que la del riesgo en el embarazo, y la prestación económica se regirá igual.

## 4- Gestación subrogada

### 4.1 - Concepto y modalidades

Otra forma de reproducción es la llamada gestación subrogada, trata de un proceso en que una mujer mediante un trato o una contraprestación, concebirá a un bebé en su útero, para posteriormente dárselo a otra madre y/o padre o pareja de hecho, o matrimonio, ya sea heterosexual o homosexual, para que otras personas puedan ejercer de padres o madres, ya sean biológicos o no.

Dicho bebé será concebido a través de la reproducción asistida, que consiste en que la madre gestante llevará en su útero implantado un embrión para concebirlo hasta el nacimiento

### 4.2- Legislación

#### 4.2.1-Derecho comparado:

En Europa encontramos diferentes países que han adoptado una serie de normas que regulan sobre la materia estudiada. Así bien encontramos a Italia, que dispone de una de las leyes más restrictivas de Europa<sup>10</sup>, pues bien en su artículo 12.6 de la ley 19 de febrero del 2004, número 40, dicta que será nulo de pleno derecho el convenio de gestación por sustitución y con una penalización de detención en la cárcel de tres meses a dos años y una multa monetaria que asciende a 600.000 euros a quien organice, realice o haga publicidad sobre la gestación subrogada. En la misma ley procede decir que está resguardado que en el caso de que se lleve a cabo un contrato de gestación subrogada la madre pasará a ser la mujer que haya gestado al niño.

Holanda sigue el mismo criterio, ya que se considera nulo de pleno derecho el contrato de gestación subrogada debido a que la causa del contrato es ilícita, con lo cual es nulo y va en contra del orden público y de la moral.

También encontramos a Francia como una país que ha legislado sobre esta temática, en la ley 1994-653, del 29 de julio del 1994, concretamente en el artículo 16.7 del *Código*, que expresamente dice que todo hecho referido a incitar a la reproducción o gestación por cuenta de otro será nula, además en el artículo 16 de la misma ley prosigue en que al cometerse tal

---

<sup>10</sup> En el libro **Antonio J. Vela Sánchez. (2012). La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo. Granada: Editorial Comares.**

hecho quedaría retratado en que la nulidad sería de orden público. En el código penal francés también establece una penalización monetaria de una multa de 15.000 euros y un año de prisión en el artículo 227-12 apartado 3 del el código penal francés.

En la legislación alemana establece en el artículo 1 de la ley 745/90 del 13 de diciembre de 1990 sobre la protección del embrión, el artículo 1. *la utilización abusiva de las técnicas de reproducción* dicta que habrá una pena de tres años de prisión o de una multa monetaria a quien proceda a incumplir alguno de los casos descritos en dicho artículo (gestación subrogada).

Por lo contrario en Suecia encontramos que solamente queda prohibido la maternidad subrogada cuando haya una remuneración a cambio de la gestación (dicha prohibición la encontramos en la ley de inseminación artificial, número 1140, de 20 de diciembre del 1984, la cual entró en vigor en marzo del 85). Otros países europeos que no está prohibido o que hay un vacío legal y que permite la gestación subrogada sería Reino Unido (solamente a los nativos), Portugal (la ley de la gestación subrogada está en proceso) y Bélgica (hay un vacío legal).

Por otra parte, internacionalmente hablando,<sup>11</sup> encontramos países que tienen una legislación favorable a la gestación subrogada tanto nativos como extranjeros como son Rusia, Canadá (totalmente altruista), Ucrania, USA, Grecia (en 2014 se amplió la ley permitiendo a los extranjeros poder realizar este tipo de servicios), Georgia y Kazajistán. Pero no siempre los padres extranjeros pueden acceder a este tipo de hechos como por ejemplo en México, des del 2016 está prohibido el hecho de que los padres extranjeros (es decir que no sean mexicanos) puedan tener contratos de gestación subrogada en México.

#### **4.2.2- Normativa Legal Española**

En el sistema jurídico español queda completamente prohibido el hecho de que exista una reproducción humana mediante un convenio de gestación subrogada con una madre gestante de alquiler. Este contrato será nulo de pleno derecho ya que en el mismo artículo 10.1 de la

---

<sup>11</sup> Gestación subrogada G. (2017). Gestación subrogada a nivel internacional: ¿Dónde es legal?. Babygest Obtenido el 17 de julio de 2017, de <https://www.babygest.es/paises/>

Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (de ahora en adelante LTRHA) lo enmarca claramente, *“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 dicha ley, también encontramos que en el Código Civil Español (de ahora en adelante CC) el contrato de gestación subrogada sería nulo de acuerdo con las normas de nuestra legislación. Principalmente encontraríamos fraudulenta la causa ya que va en contra de la moral y de las leyes (artículo 1275 del CC), y en el artículo 1271 del CC cita textualmente *“Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras.”* con lo cual la capacidad de gestar en el cuerpo de una mujer es ilícito, ya que el objeto es humano y es intransferible, con lo cual es un *“res extra commercium”*. Además al comerciar con el cuerpo humano no existiría tal objeto para poder ser un contrato lícito de acuerdo con el Código Civil Español ya que carecería de los requisitos nombrados en el artículo 1261 en el CC donde dicta que para que el contrato sea válido debe de cumplir con el objeto (que sea material), consentimiento y causa. También se puede resaltar el artículo 1255 del CC donde se puede remarcar que se vería viciado la moral, costumbre y el orden público.

Por lo tanto se deduce que en el caso que en España se llevará a cabo un contrato de alquiler, al resultar nulo dicho contrato la madre del niño sería la madre gestante, es decir la que da a luz al niño. Además como cita Lasarte Álvarez, C. (2012): *“la legislación española, pues, opta por prohibir radicalmente la maternidad subrogada, y si, pese a la prohibición, se lleva a efecto en cualquiera de las modalidades antes descritas, se ignora a la madre genética, en su caso, y se atribuye directamente la maternidad a la madre gestante”* (p.16)

En el caso de que la madre gestante diera a luz y posteriormente diera en adopción al niño a la madre genética no existiría una prohibición concreta. Eso sí se vería con una dificultad ya que el que otorga la adopción es un juez, no la madre gestante (que es la madre del niño legalmente), además que se tendría en cuenta que la madre genética ha cometido un fraude de ley al no cumplir con el artículo 10 de la LTRHA y concertar un contrato de maternidad subrogada.

#### 4.2.3 Inscripción en el registro civil: Resoluciones jurídicas trascendentales para la filiación en el registro civil

En el caso de que se llevará a cabo un contrato de gestación subrogada en el extranjero y posteriormente se trajera el niño a España como hijo suyo existen una serie de hechos que hacen posible el hecho de que el niño se pueda inscribir en el registro español como hijo suyo.

Como ejemplo encontramos la **resolución DGRN de 18 de febrero de 2009**, como según dicta Antonio J. Vela Sánchez. (2012)<sup>12</sup> fue la resolución que permitió a dos varones españoles casados entre sí inscribieron a dos niños concebidos por gestación subrogada en california, esto es a causa de que en california está permitido el contrato por gestación subrogada y a causa de esto las autoridades californianas expidieron un certificado de que ambos varones eran los padres de los niños y al ser un certificado registral extranjero según los artículos 81 y 85 del real Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil, el juez dictó que con la mera comprobación de que el certificado fuera auténtico y expedido por la administración de california ya era suficiente.

Aunque además de que sea auténtico también es necesario que *“tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española.”* tal como dicta el artículo 85 de la Ley RRC, es decir que no se oponga al orden público internacional Español y al aplicarse la analogía de como si fuera una adopción no se trataría de una vulneración del artículo 10 de la LTRHA, además siempre se tiene de tener en cuenta el interés del niño el cual no se puede quedar sin filiación registrada.

Dicha resolución fue criticada por muchos autores y especialistas en el tema, es más el mismo Ministerio Fiscal presentó una demanda contra dicha resolución. A raíz de la demanda se dictó sentencia en el Juzgado de primera instancia en Valencia, audiencia provincial, NUM. 949/2011 donde el juez consideró que los artículos en que se basa la Resolución primera nombrada 81 y 85 de la RRC eran escuetos ya que se encontraba un artículo de mayor calibre y que se ajustaba más a la realidad como es el artículo 23 de la LRC que dicta *“También*

---

<sup>12</sup> En el libro Antonio J. Vela Sánchez. (2012). La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo. Granada: Editorial Comares.

*podrán practicarse, sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española.”* que deja claro que no debe de ser contrario a la ley española y no al ordenamiento internacional español como dictaba la resolución primera, con lo cual en la sentencia enmarca que un contrato de gestación por sustitución es un contrato de nulidad con lo cual la filiación de dichos menores nacidos por gestación de sustitución tendrán la filiación inscrita por cuestión del parto es decir por la madre gestante.

Con todo esto la sentencia finaliza que debe de impugnarse la resolución comentada primera y con ello no se les puede permitir a los varones el hecho de registrar a los dos menores nacidos por gestación subrogada como sus dos hijos. Además explica expresamente que no se les permite por razones de nulidad en el contrato de gestación subrogada y no por razón de discriminación a la homosexualidad ya que esto es aplicable a todo aquel o aquella que utilice tal forma de procreación biológica.

### **La instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010<sup>13</sup>**

La dirección general, anteriormente, ya había presentado una resolución a fecha de 8 de febrero de 2009 para la inscripción de dos niños nacidos a través del contrato de gestación subrogada, la cual fue recurrida en un juicio.

En concreto la **Instrucción de 5 de octubre de 2010**, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución tiene como objetivo principal (y manteniendo la línea de la antigua resolución) el principio del interés del menor, como bien señala en el párrafo 5 en la exposición de motivos en dicha resolución *“Atendiendo a la finalidad de dotar de plena protección jurídica el **interés superior del menor**, así como de otros intereses presentes en los supuestos de gestación por sustitución, resulta necesario establecer los criterios que determinen las condiciones de acceso al Registro Civil español de los nacidos en el*

---

<sup>13</sup> BOE.es - Documento BOE-A-2010-15317. (2017). Boe.es. Obtenido el 17 de julio de 2017, de [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-15317](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-15317)

*extranjero mediante esta técnica de reproducción asistida.*” Es decir lo que prevalece es el interés del menor y con ello a que exista una posible discriminación.

Dicha instrucción incorpora la doctrina expuesta por el tribunal supremo que expone en el párrafo 10 de la exposición de motivos de la instrucción de 5 de octubre de 2010 anteriormente nombrada “*serán de aplicación los artículos 954 y siguientes de la LEC<sup>14</sup> 1881, preceptos que mantuvieron su vigencia tras la entrada en vigor de la LEC 2000, en virtud de los cuales, será necesario instar el exequátur de la decisión ante los Juzgados de Primera Instancia, tal y como señala el artículo 955 de la LEC 1881 tras la reforma operada por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre de medidas, fiscales, administrativas y del orden social.*” Además también hace referencia a que si una resolución judicial es homologable a un procedimiento de la jurisdicción española el tribunal supremo también ha dictado que tal proceso no necesita permiso, si no con el simple hecho de la resolución previa para su filiación en el registro

Como requisito fundamental para la filiación del menor al registro es necesario tener la resolución dictada por un tribunal competente extranjero.

#### **4.3 - derecho a la dignidad de la persona (contradicciones éticas)**

Realmente hasta qué punto puede llegar el ser humano a contradecirse, ya que realmente la maternidad subrogada hasta qué punto es éticamente positiva o negativa. Nos encontramos en un mundo de cambios, de ideologías nuevas donde lo que ha sido bueno hasta ahora pasa a ser malo y lo que ha estado mal ya no está tan mal, pero concretamente hasta qué punto no está tan mal

El avance de la medicina ha procedido un gran paso para poder tener una calidad de vida más buena para todos pero se ha de tener en cuenta que la libertad de una persona termina cuando empieza la libertad de otra persona y esto la medicina no lo tiene en cuenta.

Nos encontramos una doble contradicción en dónde procede el derecho a ser padres con la integridad y libertad de una persona, ya sea en referencia de la mujer o del mismo niño.

---

<sup>14</sup> Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Este inicio de verano la prensa ha ido llena de la noticia de la paternidad de un famoso futbolista por vientre de alquiler, cada vez es más frecuente esta noticia dentro del mundo de la farándula y deportivo, esta concurrencia del mismo hecho y de la misma manera da lugar a ver que los contratos de maternidad subrogada son suscritos por mujeres con menos ingresos y con un nivel educativo inferior a la pareja que contrate sus servicios.

Pero, ¿qué es la maternidad subrogada? ¿Qué contratos suscriben? ¿Qué pasa con la cesión de la tutela de un menor, y de los gastos asociados a la gestación y de la utilización de los recursos públicos? ¿Está dentro de la legalidad, es ético?

En principio la maternidad no se considera un deber jurídico y la paternidad no es considerada como una obligación estricta, se supone entonces que la maternidad en un “deber imperfecto” o “deber de virtud” en el vocabulario Kantiano<sup>15</sup>. Es decir su cumplimiento ha de ser valorado como un mérito, pero transgredirlo no es un demérito. J.S. Mill distinguía entre deberes de “obligación perfecta” para los que existe un derecho correlativo, y por otro lado los deberes de obligación imperfecta, obligación moral que no da origen a un derecho. Entonces nos encontraríamos entre los deberes de obligación imperfecta.

¿Cuándo se habla de maternidad subrogada? , cuando los contratos constatan que una persona realiza una actividad, la gestación de un hijo, en lugar de otra, que no puede o no desea hacerlo, por eso se habla de este tipo de maternidad, también llamada “maternidad de alquiler” o “úteros de alquiler”. Actualmente en Europa este tipo de contrato está prohibido no así en países como E.E.U.U., Canadá, Reino Unido, Grecia que son más permisivos. Por eso es a través de estos países que nos llega toda la información que nos ha llevado a plantearnos este debate moral y político de fronteras inciertas, entre lo privado y lo público.

Con la aparición de la maternidad subrogada afloran las deficiencias desde un punto de vista estrictamente biológico de la maternidad, así como los problemas que ya se advertían en la discusión sobre embarazos no deseados, la necesidad y, a la vez, la insuficiencia del lenguaje de los derechos.

---

<sup>15</sup> M.ª Teresa López de la Vieja. (2004). La mitad del mundo. Ética y crítica feminista. Salamanca: Ediciones Universidad Salamanca.

¿Dónde está el problema? Las sociedades pluralistas, tienen conductas muy diferentes, acuerdos y decisiones tomadas por adultos competentes. Nadie puede obligar a otros a seguir una forma de moralidad, ya comentado anteriormente, en el modelo liberal se planteó como restricción “cuando alguien pudiera dañar los intereses de otros. La crítica feminista según M Teresa López de la Vieja ha defendido la autonomía de las mujeres para tomar decisiones que afectan a su vida y a la de sus hijos, sin embargo ha insistido también en los daños, reales o posibles, que puede ocasionar la maternidad por contrato. La segunda ola del Feminismo ha asumido la importancia de las experiencias de la maternidad, el impacto dentro de la sociedad, debido a todos los avances médicos respecto a la reproducción asistida, dando lugar a grandes cambios dentro de la concepción de la maternidad como tal y sus consecuencias.

Por eso a la hora de la realización del contrato, que en realidad es un acuerdo entre dos personas competente, puede haber controversia ya que hay que tener en cuenta otros aspectos de la maternidad subrogada, que son por ejemplo la tutela del menor, gastos de la maternidad, etc., en consecuencia no encontramos con dos concepciones de cómo debería ser el contrato. El primero sería un contrato de maternidad como cualquier otro contrato, solo cambiaría el tipo de actividad, que sería reproductivo. El segundo considera que existen actividades que son realmente especiales, el trabajo de la gestación es invasivo para el propio organismo, es de larga duración y pone a unos ciudadanos bajo el control de otros, y por ello consideran que algunas cosas no se venden, no se deben vender, puede generar vulnerabilidad para la embarazada para el menor, pudiendo dar lugar a un tráfico ilegal de menores, por lo tanto no puede darse un contrato como los demás. También se habla de la protección de familia y del matrimonio en su función reproductora garantizado por el artículo 39 de la C.E.

Así visto esto da lugar a dos perspectivas diferentes de la maternidad subrogada una que defiende la autonomía y la libertad ; y otra que dice que la maternidad no puede entrar en una transacción mercantil, defendiendo esta segunda opción muchas veces en base toda una serie de prejuicios que ha rodeado la maternidad a lo largo de los tiempos. De todas maneras ni es tan sagrada la unión madre e hijo como se ha hecho creer, ni se tiene tanta libertad o autonomía al formar parte de la transacción menores de edad, instituciones y otros agentes.

En conclusión el respeto por la libertad y la autonomía es la principal razón a favor del contrato, esto fomentara las conductas no convencionales, una idea más abierta y menos tradicional de la familia repercutiendo en la sociedad, y sería una solución para los padres que

no puedan tener hijos, eso si todo esto tiene que ir precedido por una legislación permisiva y transparente.

La otra perspectiva esgrima las situaciones de desigualdad de las partes afectadas,- la madre biológica, los padres que proponen el contrato-, el riesgo de ver a la mujer como gestante, la división del trabajo. No produce una sociedad más libre y más abierta, sino que refuerza los papeles estereotipados tradicionales, reducir la maternidad o paternidad a una forma de consumo, quien querrá los niños con malformaciones, poniendo en peligro los derechos de los niños.

## 5. ¿La maternidad subrogada es viable con la prestación de maternidad?

Un tema tan común como la maternidad, en pleno siglo XXI está siendo una materia puesta en cuestión, ya no por el simple hecho de la maternidad en sí, sino por los avances de la ciencia que han proporcionado nuevas formas de procreación biológica, como por ejemplo la estudiada en este trabajo como bien viene a ser la maternidad subrogada, en la cual existen la madre gestante y las personas subrogantes.

Pues bien primeramente encontramos en el ámbito comunitario una sentencia que emana de Italia que se ve la perfecta protección del interés del menor ante toda ley que se oponga en el estado, el TEDH se pronunció en una sentencia de 27 de enero de 2015 que va dictada contra Italia, la demanda 25358/12, en la cual expresa que un matrimonio de nacionalidad Italiana utiliza un contrato de maternidad subrogada para concebir al menor, una vez se ha realizado el parto la madre gestante da el consentimiento por escrito para que el matrimonio registre al menor como su hijo. Pero Italia imputa al matrimonio por un delito de falsedad, alteración del estado civil y violación ya que va en contra la legislación establecida, con lo cual se niega al reconocimiento de la inscripción establecida en el extranjero. Por lo tanto el dominio italiano no aceptó la filiación del menor al registro como su hijo y después de 6 meses de convivencia del matrimonio y del menor, esto fue enviado a una familia de acogida por el momento. En esto el TEDH se pronunció en beneficio del menor y basándose en el artículo 8 del convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales<sup>16</sup> en el que dicta: “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia” con lo cual el tribunal estima que las autoridades vulneran este derecho al alejar al niño del matrimonio ya que llevaban 6 meses viviendo juntos y ya habían construido un núcleo familiar. Y aunque la sentencia fuera anulada posteriormente no fue por arrepentimiento del tribunal sobre el pronunciamiento, si no de falsedad documental, con lo cual hecho de que el tribunal se decanta a favor del interés del menor no queda excluido.<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente.

<sup>17</sup> Caso Paradiso y Campanelli contra Italia. Sentencia de 27 enero 2015. TEDH 2015\17 (Tribunal Europeo de los Derechos humanos, sección 2ª) → sentencia anulada por detección de falsedad de datos, ver sentencia → Caso Paradiso y Campanelli contra Italia. Sentencia de 24 enero 2017. JUR 2017\25806: “denegación de

En esta sentencia como bien se ha dicho antes se puede remarcar la importancia de la protección del interés del menor en un ámbito comunitario, y a la vez nacional.

Llegado a este punto del trabajo pasamos a un nivel en el cual se cuestiona más allá, ya que los padres, una vez conseguida la filiación del menor en el registro civil español y sean reconocidas legalmente como sus hijos, se pasa a cuestionar si realmente tendrán derecho a la prestación de maternidad que ofrece la seguridad social, ya que en la ley expresa claramente en su artículo 177 en referencia a las situaciones protegidas: *“A efectos de la prestación por maternidad prevista en esta sección, se consideran situaciones protegidas la maternidad, la adopción, la guarda con fines de adopción y el acogimiento familiar, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las comunidades autónomas que lo regulen”* como se puede deducir en la propia ley no hay cabida de las nuevas formas de reproducción, pero eso no quiere decir que sean menos que las demás, con lo cual se entraría un poco en una situación más compleja a la que muchos tribunales se han pronunciado en sentido dispar sobre esta cuestión.

Principalmente nos encontramos con **una sentencia del tribunal supremo (sala de lo social) sentencia núm. 953/2016 de 16 de noviembre, RJ/ 2016/6152** en la cual se encuentra la controversia de una trabajadora que pide la prestación por maternidad la cual es denegada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social ya que el menor ha sido concebido a través del contrato de maternidad subrogada en los Ángeles.

En los fundamentos de derecho primero 2), encontramos que hace referencia a las sentencias anteriores que han desestimado los recursos de la trabajadora contra el INSS. Como argumentación se observa que no se le denegó por un motivo de discriminación por

---

*inscripción en Italia de partida de nacimiento expedida en Rusia, retirada del bebé nacido por gestación subrogada dado posteriormente en acogida a otra familia y nombramiento de un tutor, tras detectar el consulado en Moscú que el expediente contenía datos falsos por no existir vinculación genética entre el demandante y el bebe: aplicación de la legislación italiana al no poder determinarse la nacionalidad del niño al proceder de gametos de padres desconocidos: inmediata e irreversible separación de los demandantes y el menor: ilegalidad de la conducta de los demandantes y exigencia de celeridad en las decisiones: medidas tomadas por las autoridades italianas para la protección del menor: motivación suficiente: violación inexistente.”*

discapacidad o por sexo ya que en casos similares se le aplica lo mismo tanto a hombres como mujeres y en el caso de discriminación por “discapacidad” puede ser que la pareja utilice esa forma de concebir a un hijo ya que le es imposible a uno de los cónyuges. La directiva 2000/78/CE del consejo de 27 de noviembre de 2000 se opone a que esto sea una medida de discriminación por discapacidad el hecho de contratar un convenio de maternidad subrogada por no poder tener hijos de forma “natural”.

En el octavo fundamento del derecho encontramos la exposición normativa por el que se va a decantar dicho tribunal. Principalmente nombra a la convención sobre los derechos de los niños<sup>18</sup> ya que en su artículo 2 enmarca que todos los estados que formen parte deberán de tomar todas la medidas necesarias para poder respetar todos los derechos que surjan en esa convención para la protección de todos los niños por igual, sin discriminación alguna, sea cual sea su situación<sup>19</sup>. Del mismo convenio también refleja en la sentencia estudiada el artículo 3 de dicho convenio de los derechos del menor en el que se reflejan todas las medidas adoptadas por el estado, que tiene que velar por el interés superior del menor.

También pone en énfasis el citado anteriormente artículo 8 del convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales donde se remarca el derecho de la intimidad y respeto sobre la vida privada y familiar de la persona.

La sentencia también menciona que la Constitución Española en su artículo 10.2 abarca que las normas que corresponden a los derecho fundamentales y libertades que son reconocidas por la constitución se interpretarán de conformidad con la declaración Universal de Derechos Humanos, conjunto con los tratados y los acuerdos internacionales que sean de la misma temática i que estén ratificados por España. Este artículo conjunto con el artículo 39.2 que trata de la protección del interés del menor sea cual sea su filiación y con independencia de las madres o de su estado civil, se puede extraer la idea de que los niños deben de gozar de la protección previstas en los tratados o convenios internacionales que custodian los derechos del menor.

---

<sup>18</sup> convención sobre los derechos del niño (UNICEF), 20 de noviembre de 1989.

<sup>19</sup> Véase Artículo 2 de la convención sobre los derechos del niño “...*sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.*”

Para gozar de la propia prestación de maternidad en la sentencia cita el artículo 45.1 apartado d) del Estatuto de los Trabajadores<sup>20</sup> en que enmarca el derecho de la trabajadora, en este caso, a disponer de un periodo de descanso por maternidad donde el contrato se encuentra en suspensión. También menciona el artículo 48.1 en referencia a la duración de la suspensión del contrato por motivo de la maternidad (de acuerdo con el artículo 45.1 apartado d) mitifica que en el caso de adopción acogimiento también hay un derecho de 16 semanas y en caso de adoptar a más de 1 niño hay un margen de dos semanas más por cada niño de más. Además en el caso de adopciones internacionales y que los progenitores se deben de movilizar al país del niño el proceso se puede avanzar hasta 4 semanas des de la resolución por adopción.

Para hablar de prestación de maternidad es lógico hablar de la Ley General de la Seguridad Social<sup>21</sup>, pues bien en la sentencia enmarca el artículo 177 donde abarca a las situaciones que están referidas a la prestación de maternidad en sí, el artículo dicta que: “...se consideran situaciones protegidas **la maternidad, la adopción, la guarda con fines de adopción y el acogimiento familiar**, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las comunidades autónomas que lo regulen...” donde no se encuentra la maternidad subrogada, sin embargo en la sentencia ya enmarca el real decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se enmarcan las prestaciones económicas de maternidad, paternidad, riesgo durante la lactancia y riesgo durante el embarazo, en que en su artículo 2.2 dicta firmemente que las resoluciones dictadas por instituciones judiciales o administrativas extranjeras se considera jurídicamente equiparables al acogimiento o adopción.

Con lo cual la sentencia en su noveno fundamento de hecho ya enmarca una solución que consta de aplicar la analogía por adopción: *“1-El recurrente alega infracción de los artículos 133 bis y 133 ter<sup>22</sup> de la Ley general de la seguridad social en relación con los artículos 14 y 39 de la Constitución Española. Aduce, en esencia, que la finalidad última de la acción protectora de los artículos 133 bis y 133 ter de la LGSS es el cuidado y atención del menor por parte de sus padres, ya sean biológicos o no, por lo que se ha de conceder la prestación*

---

<sup>20</sup> Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

<sup>21</sup> Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

<sup>22</sup> Artículos referidos a la LGSS del año 1994

*de maternidad a la actora, ya sea con base en la maternidad o aplicando **por analogía la adopción o el acogimiento.***”

En el mismo fundamento de derecho se pasa a cuestionar si la misma censura jurídica que hay pueda ser un motivo más para reconocer el derecho a la recurrente y darle la razón. La sentencia lo expone con diferentes puntos.

El primero trata sobre que si el artículo 10 de la ley 14/2006, de 26 de mayo, donde queda nulo el contrato de maternidad subrogada, pero *“esto no supone que al menor que nace en esas circunstancias se le priven de determinados derechos”* es decir que aquí prevalece el interés del menor y aunque su concepción fue por vientre de alquiler el menor *“no tiene la culpa”* y ha de ser tratado al igual que todos los menores y con los mismos derechos sin discriminación.

En el primero y el segundo desarrolla la idea del artículo 8 del convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, que trata sobre la protección del derecho al respeto a una vida privada y familiar. Pues bien según la interpretación del Tribunal Europeo<sup>23</sup> de derechos humanos y según el artículo citado y recordando que el interés del menor prevalece delante de todo, con lo cual si ya existe una relación *“de facto”* entre los menores y los demandantes dentro del núcleo familiar, el Estado debería de velar por cuidar esta relación y un correcto desarrollo. Una manera sería que los padres cuidasen al menor y le prestaran atención con lo cual una forma sería que le otorgasen la prestación de maternidad.

En el sexto motivo da importancia a la relación materno-filial y en el caso de la maternidad subrogada da especial énfasis al periodo posterior del nacimiento del bebe y dicta que esta especial relación debe de estar protegida por igual que a los supuestos de la maternidad, adopción o acogimiento.

---

<sup>23</sup> Véase en la Sentencia de la sala Primera del Tribunal Supremo, recurso 245/2012, de 6 de febrero de 2014, *“El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al interpretar el art. 8 del convenio, ha considerado que allí donde está establecida la existencia de una relación familiar con un niño, el Estado debe actuar con el fin de permitir que este vínculo se desarrolle y otorgar protección jurídica que haga posible la integración del niño en su familia...”*

Con todo ello en el Fallo de la sentencia estima el recurso de casación para la unificación de la doctrina presentada para la trabajadora contra la sentencia del 7 de julio de 2014 por la sala de lo social del TSJM, así pues la trabajadora tendrá el derecho a la prestación de maternidad por el interés del niño, a la no discriminación del menor y por analogía de la adopción.

La otra sentencia que se analiza es la sentencia del **Tribunal Supremo (sala de los social), número 881/2016 de 25 de octubre, RJ/2016/6167**, tal como dicta el antecedente de hecho primero de la propia sentencia, un trabajador que pide la prestación de paternidad ya que es padre biológico de dos niñas, pero el INSS se lo deniega ya que el padre ha subrogado a una mujer para que sea la madre gestante de las niñas aunque el demandante fuera el padre genético. Las dos menores están inscritas en el registro civil del consulado español en Nueva Delhi, India.

También señala que la madre gestante, por escrito, realizó una renuncia de la guardia potestad de las dos niñas, al igual que todos los derechos como su madre, otorgándole así la custodia de las dos menores al demandante del supuesto que se analiza.

En los fundamentos de derecho primero, encontramos las sentencias que se han ido dictando durante todo el procedimiento judicial hasta llegar a la actual sentencia del tribunal supremo. Primeramente esta la primera sentencia, fruto de la demanda del trabajador reclamando la prestación al INSS, dicha sentencia es de 17 de diciembre de 2014 el juzgado social nº 2 de Mataró la cual dicta en sentido desestimatorio. Posteriormente el trabajador presenta un recurso de suplicación ya que está en contra del fallo de la anterior sentencia. El recurso interpuesto por el trabajador tiene sus frutos y el tribunal estima el recurso y obliga al INSS a otorgar la prestación, así como el pago del 100% de la Base reguladora en el periodo de 18 semanas (ya que es múltiple).

El Instituto Nacional de la Seguridad Social no contento con la resolución del recurso interpuesto por el trabajador, impuso un recurso de casación ya que el INSS considera que debería de haber estado desestimado ya que con la directiva de la Unión Europea 92/85/CEE y la jurisprudencia aplicable al caso, además de la ley de la seguridad social española no abarca tal situación como protegida por la prestación de maternidad y principalmente que va en contra de la normativa española, concretamente en su artículo 10 de la ley de reproducción asistida i de la normativa del registro civil-

En la sentencia estudiada en su tercer fundamento del derecho utiliza dos sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como es STEDH de 27 de enero del 2015 (TEDH 2015, 17)<sup>24</sup>, (demanda 25358/12) contra Italia y la segunda la sentencia STEDH 26 de junio del 2014 (PROV 2014. 176908) contra Francia.

La primera expresa que un matrimonio de nacionalidad Italiana utiliza un contrato de maternidad subrogada para concebir al menor, una vez se ha realizado el parto la madre gestante da el consentimiento por escrito para que el matrimonio registre al menor como su hijo. Pero Italia imputa al matrimonio por un delito de falsedad, alteración del estado civil y violación ya que va en contra la legislación establecida, con lo cual se niega al reconocimiento de la inscripción establecida en el extranjero. Por lo tanto el dominio italiano no aceptó la filiación del menor al registro como su hijo y después de 6 meses de convivencia del matrimonio y del menor, esto fue enviado a una familia de acogida por el momento. En esto el TEDH se pronunció en beneficio del menor y basándose en el artículo 8 del convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales<sup>25</sup> en el que dicta: “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia” con lo cual el tribunal estima que las autoridades vulneran este derecho al alejar al niño del matrimonio ya que llevaban 6 meses viviendo juntos y ya habían construido un núcleo familiar. Y aunque la sentencia fuera anulada posteriormente no fue por arrepentimiento del tribunal sobre el pronunciamiento, si no de

---

<sup>24</sup> Caso Paradiso y Campanelli contra Italia. Sentencia de 27 enero 2015. TEDH 2015\17 (Tribunal Europeo de los Derechos humanos, sección 2ª) → sentencia anulada por detección de falsedad de datos, ver sentencia → Caso Paradiso y Campanelli contra Italia. Sentencia de 24 enero 2017. JUR 2017\25806: “denegación de inscripción en Italia de partida de nacimiento expedida en Rusia, retirada del bebé nacido por gestación subrogada dado posteriormente en acogida a otra familia y nombramiento de un tutor, tras detectar el consulado en Moscú que el expediente contenía datos falsos por no existir vinculación genética entre el demandante y el bebe: aplicación de la legislación italiana al no poder determinarse la nacionalidad del niño al proceder de gametos de padres desconocidos: inmediata e irreversible separación de los demandantes y el menor: ilegalidad de la conducta de los demandantes y exigencia de celeridad en las decisiones: medidas tomadas por las autoridades italianas para la protección del menor: motivación suficiente: violación inexistente.”.

<sup>25</sup> Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente.

falsedad documental, con lo cual hecho de que el tribunal se decanta a favor del interés del menor no queda excluido.

Es más, en la segunda sentencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos un pareja de nacionalidad francesa después de varias veces de utilizar la fecundación in vitro con sus propias células sexuales, al final deciden ir por la vía de la gestación subrogada. Y aunque la madre gestante no recibió ninguna remuneración a cambio, es decir lo hizo de manera altruista, el consulado francés decidió no dejar que filiasen al menor al registro civil ya que era nulo e iba en contra del orden público, como bien es la indisponibilidad del cuerpo humano o estado de las personas. El tribunal ha concluido que según el artículo 8 del convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales<sup>26</sup> . El tribunal europeo ampara el derecho de los niños subrogados que cumplen los requisitos tienen derechos a la filiación en el registro civil del país que pertenecen los padres subrogados como hijos de tales padres.

En la sentencia estudiada ratifica que la solución de ambas sentencias no tiene un peso importante para resolución del caso, ya que no trata la prestación de maternidad en sí, aunque si tiene un peso importante ya que es una doctrina europea importante para la resolución de la filiación del menor en el registro civil del estado pertinente como hijo/a de los padres subrogantes.

En el fundamento quinto, se encuentra señalado el artículo 120<sup>27</sup> del Código Civil<sup>28</sup> ya que propone que si el convenio por gestación subrogada no se hubiera legalizado y la madre

---

<sup>26</sup> Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente.

<sup>27</sup> El artículo dicta: *“La filiación no matrimonial queda determinada legalmente:*

- 1. ° En el momento de la inscripción del nacimiento, por la declaración conforme realizada por el padre en el correspondiente formulario oficial a que se refiere la legislación del Registro Civil.*
- 2. ° Por el reconocimiento ante el Encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público.*
- 3. ° Por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil.*
- 4. ° Por sentencia firme.*
- 5. ° Respecto de la madre, cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro de plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley del Registro Civil.*

<sup>28</sup> Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

hubiera procedido a la filiación de las niñas, no existiría tal problema, con lo cual pone en duda el correcto funcionamiento.

En el fundamento quinto, se encuentra señalado el artículo 10.3<sup>29</sup> donde señala que *“Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.”* es decir en este caso el padre podría tener derecho reconocido por la propia ley para reclamar la paternidad ya que se utilizaron sus gametos para la procreación.

A demás en el Real Decreto 295/2009. de 6 de marzo (RCL 2009, 590), en el artículo 2.2 dicta que *“se considerarán jurídicamente equiparables a la adopción y al acogimiento...aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y el acogimiento... cuya duración no sea inferior a un año, cualquiera que sea su denominación.”* Con lo cual en este artículo se puede observar que hay un “respaldamiento” en la ley conforme con la maternidad subrogada, aunque no esté expresamente contemplada en la ley, Aun así según la sentencia analizada en el fundamento sexto se encuentra una reflexión y es que existe una contradicción con la constitución en el artículo 14 de la CE ya que hay una discriminación en el trato en los menores que han nacido a través de un convenio de gestación subrogada.

Sin embargo la sentencia no solo respalda la prestación de maternidad como un simple hecho biológico o de salud, donde solo sirve para la recuperación de la madre, sino que *“comprende bajo ese género a la persona que asume la progenitura biológica (padre, madre) o una función similar (adoptante, acogedora) es decir la prestación no va decantada para la madre.”* Es decir la prestación de maternidad también es en interés del menor y para eso no existe un género concreto, ni una discriminación. Es más en el fundamento de derecho octavo se encuentra una afirmación interesante *“Es el interés superior del menor el que debe llevar a respetar su derecho a disfrutar plenamente de su vida familiar y privada...”* que da a entender que el menor es realmente quien da derecho a esa prestación y al disfrute de ese tiempo en conjunto en el núcleo familiar (en beneficio del menor).

---

<sup>29</sup> De la ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

Para finalizar la sentencia, el tribunal resuelve de manera que **desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina** que ha interpuesto el Instituto Nacional de la Seguridad Social contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya. La motivación de la desestimación es que el convenio Europeo de derechos humanos y las sentencias dictadas anteriormente del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos que resguardan el interés del menor en el derecho de este a inscribirse al registro civil como hijo/a de los padres subrogados. Así pues advierte que si los menores tienen relaciones familiares de facto debe de permitir la protección de ese núcleo familiar y su correcto desarrollo. También contempla la posibilidad de que la ley de la Seguridad Social no contempla expresamente la maternidad subrogada pero tampoco cierra las puertas a poder tener la protección de maternidad con dicha subrogación. Además de todo lo expresamente dicho anteriormente también hay que tener en cuenta que **el padre además de ser el registral de las menores, también es el padre biológico de estas, con lo cual es una poderosa y valiosa razón de peso en la legislación para que este perciba la prestación de maternidad.**

## 6. Conclusiones

Como bien se ha descrito en la introducción, la maternidad siempre ha estado en el punto de mira de la legislación, tanto internacional como nacional. Pero el problema va más allá del mero hecho de regular la maternidad como un hecho biológico entre el padre y la madre, es decir lo “natural”, ya que tanto la ciencia como la sociedad avanzan a pasos gigantescos, dando lugar a situaciones impensables hasta el momento, maternidad subrogada, mientras que la legislación se va quedando “antigua” e insuficiente.

Durante todo el trabajo y con el fin de buscar una solución a las preguntas señaladas en la introducción he observado que no hay una ley concreta que regule algo tan importante como es el caso de una maternidad subrogada, es más la jurisdicción Española debe de basarse en los convenios internacionales para poder empezar a resolver los casos señalado. Y en verdad es una cuestión sustancial empezar a pensar en una posible regulación, ya que hay en juego la vida y el futuro de los menores nacidos a través de la gestación subrogada, de la madre gestante y los padres subrogados.

**En la actualidad** se encuentran dos muros para gozar de esa maternidad subrogada en España, legalizada en el extranjero, el primero es la famosa pregunta de si serán aceptados los hijos nacidos a través de ese método en el registro civil como hijos de los padres subrogados y segunda es que una vez son inscritos si tienen derecho a la prestación de maternidad.

Pues bien, en base a las distintas sentencias estudiadas, se puede afirmar que hay una negativa por parte del estado, en primera instancia, a dejar inscribir a los niños en el registro civil, ya que la maternidad subrogada está prohibida en España. Pero teniendo en cuenta los convenios europeos<sup>30</sup> ratificados por España en el artículo 10.2<sup>31</sup> de la Constitución Española y las sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (y de las leyes flexibles nombradas durante el trabajo), afirma el derecho de los niños a inscribirse en los registros como hijos de los padres, además de que los estados deben de velar por el interés del

---

<sup>30</sup> Por ejemplo el convenio Europeo para los derechos Humanos en su artículo 8.

<sup>31</sup> El art 10.2 de la CE dicta que: *“Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.”*

menor <sup>32</sup> se ratifica que si ya existe una relación “in facto” dentro del núcleo familiar y en beneficio del menor, este se puede registrar como hijo de los padres subrogantes.<sup>33</sup>

La otra incógnita y más delicada es si la ley o los juzgados amparan la posibilidad de estas familias a recibir la prestación por maternidad, ya que en un principio la maternidad subrogada está prohibida como tal en España en el artículo 10 de la LTRHA, y además la Ley de la Seguridad Social en su artículo 177 no procede propiamente la maternidad subrogada como una situación protegida, pero como dice la jurisprudencia, tampoco cierra puertas.

Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo remarcado en el trabajo dicta por primera vez que los tribunales españoles se decantan en dar la razón a los demandantes de tal prestación y se les otorga la prestación de maternidad ya que primeramente el tribunal argumenta que aunque el menor haya nacido por un convenio de gestación por sustitución prohibido aquí en España por el artículo 10 de la LTRHA<sup>34</sup> el niño no tienen la culpa, con lo cual no se le puede privar de los derechos de los menores.

Además argumenta que la prestación no solo es un mero descanso para la madre, sino que también es un proceso de unión y crianza para estrechar el núcleo familiar, en beneficio del niño, es decir en interés del menor, con lo cual el menor que nace a través de un convenio de gestación subrogada también tienen el derecho a “gozar” de la prestación de maternidad, aplicando la analogía de la adopción o el acogimiento y de tal manera sin verse envuelto en una discriminación por haber nacido de forma diferente y no prevista en la LGSS.

En referencia de si el padre subrogante a la vez es el padre biológico del menor según la jurisprudencia aún tiene más razón del reconocimiento tanto de que el registro civil los acepte como sus hijos y de percibir la prestación de maternidad, por todo lo comentado anteriormente más el artículo 10.3 de la LTRHA<sup>35</sup> que afirma que “*Queda a salvo la posible*

---

<sup>32</sup> Tal como dicta el artículo 2 y 3 de la convención sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989 (UNICEF)

<sup>33</sup> Además según el artículo 39.2 de la CE el estado debe de velar por la protección de todos los menores sea cual sea su filiación y con independencia de las madres o del estado civil.

<sup>34</sup> Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

<sup>35</sup> Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

*acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.*” con lo cual la razón aún es más de peso al ser el padre biológico.

Para finalizar el trabajo correctamente es adecuado prever una propuesta de futuro ya que la sociedad avanza muy velozmente y la legislación está quedando atrás y sería correcto desarrollar una legislación de la maternidad subrogada tanto en beneficio del propio menor y de los derechos de los padres subrogados al igual que los derechos de la madre gestante ya que ha de tener una tutela más humana a la hora de legislar un tema tan importante como la maternidad subrogada.

En los anexos he incluido un ejemplo de un posible convenio de gestación subrogada hecho por Antonio J. Vela Sánchez, en su libro. En dicho convenio podemos ver que salvaguarda los derechos de los padres subrogados y solamente tiene en cuenta la madre subrogante para percibir el pago a cambio de la gestación (artículo 13) o para la entrega del niño porque si no está penado (artículo 10) o por ejemplo que debe de cumplir unos requisitos para poder ejercer de madre gestante (artículo 5) y echo en falta una protección más allá ya sea para la protección de la madre gestante o del menor en cuestión.

Es decir para una correcta legislación se han de tener muy en cuenta que aunque la madre gestante sea un mero paso para los padres subrogantes, de tener a su hijo, se debe de tener en cuenta que la mujer gestante por delante de todo es una persona y durante los nueve meses de gestación crea un vínculo con el hijo que por muchos contratos que haya seguirá siendo su hijo y formará parte suya, incluso puede que quepa la posibilidad de que una vez se produzca el parto la madre gestante no querrá cortar todo tipo de relación con el niño, es decir querrá saber de él, con lo cual sería correcto que la ley también argumentase esa parte y lo tuviera en cuenta.

Por último sería importante ver el aspecto ético de todo este proceso, aquí intervienen todos los tabús que han rodeado a la maternidad desde todos los siglos desde que el hombre es hombre; por eso, quizás la visión que da a la mujer autonomía sobre su cuerpo y libertad para decidir, siempre y cuando se proteja al menor, es la más factible. Pero hay que pensar que la mujer gestante y el menor son la parte más débil de este contrato, la ley debe de prever también una legislación más feminista, ya que durante todo el trabajo, a no ser que el artículo o el libro fueran feminista, no he leído nada que defendiese o tuviera en cuenta a la

mujer gestante, con lo cual se debe de pensar a la hora de legislar que la mujer gestante es una de las partes del contrato más vulnerable ya que normalmente se encuentran en esa situación de además por ser mujer, por problemas económicos y con un nivel educativo en general inferior al de los padres subrogados. Como hemos visto es necesaria de todas “todas” una legislación que proteja tanto a la madre biológica como los derechos del menor y los padres subrogados.

## 7. Bibliografía

- Antonio J. Vela Sánchez. (2012). La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo. Granada: Editorial Comares.
- Amparo Garrigues Giménez. (2004). La Maternidad y su consideración Juridico-Laboral y de la seguridad social. Madrid: Colección Estudios.
- Abdón Pedrajas Moreno, Tomás Sala Franco. (2008). La protección de la maternidad, la paternidad y la adopción y acogimiento. Valencia: Tirant lo Blanc.
- Carmen Castro García. (2007). Permisos de maternidad, paternidad y parentales en Europa: algunos elementos para el análisis de la situación actual. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales
- Juan Gorelli Hernandez. (1997). La protección por maternidad. Valencia: Tirant lo Blanc.
- M.<sup>a</sup> Teresa López de la Vieja. (2004). La mitad del mundo. Ética y crítica feminista. Salamanca: Ediciones Universidad Salamanca.
- Raquel Aguilera Izquierdo. (2010). Las Prestaciones económicas por maternidad, paternidad y riesgo durante el embarazo y la lactancia natural: (análisis del RD 295/2009, de 6 de marzo). Navarra: Civitas Thomson Reuters

## Webgrafía

- Convenios de la OIT: Protección de la maternidad. (2017). Ilo.org. Obtenido el 17 de julio de 2017, de <http://www.ilo.org/global/standards/subjects-covered-by-international-labour-standards/maternity-protection/lang--es/index.htm>
- Convenio Europeo de los Derechos Humanos: BOE.es - Documento BOE-A-1999-10148. (2017). Boe.es. Obtenido el 17 de julio de 2017, de [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-1999-10148](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1999-10148)
- Constitución Española: BOE.es - La Constitución Española. (2017). Boe.es. Obtenido el 17 de julio de 2017, de <https://www.boe.es/legislacion/constitucion.php>
- Directiva 76/207/CEE : EUR-Lex - 31976L0207 - ES - EUR-Lex. (2017). Eur. Obtenido el 17 de julio de 2017, desde <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:31976L0207>
- Directiva 92/85/CEE: 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, Lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391 / CEE) | Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo (INSHT). (2017). Insht.es. Obtenido el 17 de julio de 2017, de <http://www.insht.es/portal/site/Insht/menuitem.1f1a3bc79ab34c578c2e8884060961ca/?vgnextoid=328589b7de2a5110VgnVCM100000dc0ca8c0RCRD&vgnnextchannel=75164a7f8a651110VgnVCM100000dc0ca8c0RCRD>
- Directiva 96/34/CE: EUR-Lex - 31996L0034 - ES - EUR-Lex. (2017). Eur. Consultado el 17 de julio de 2017, desde <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A31996L0034>

- Estatuto de los Trabajadores: BOE.es - Documento consolidado BOE-A-2015-11430. (2017). Boe.es. Obtenido el 17 de julio de 2017, de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11430&p=20151024&tn=1#a48>
- Gestación Subrogada G. (2017). Gestación subrogada a nivel internacional: ¿Dónde es legal?. Babygest Obtenido el 17 de julio de 2017, de <https://www.babygest.es/paises/>
- Ley de técnicas para la reproducción humana asistida: BOE.es - Documento consolidado BOE-A-2006-9292. (2017). Boe.es. Obtenido el 17 de julio de 2017, de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292>
- Ley general de la Seguridad Social: BOE.es - Documento consolidado BOE-A-2015-11724. (2017). Boe.es. Obtenido el 17 de julio de 2017, de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11724>
- Registro Civil: BOE.es - Documento consolidado BOE-A-2011-12628. (2017). Boe.es. Obtenido el 17 de julio de 2017, de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-12628>
- Real Decreto 295/2009: BOE.es - Documento BOE-A-2009-4724. (2017). Boe.es. Obtenido el 17 de julio de 2017, de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2009-4724>
- Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010: BOE.es - Documento BOE-A-2010-15317. (2017). Boe.es. Obtenido el 17 de julio de 2017, de [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-15317](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-15317)
- Unicef: convención sobre los derecho de los niños. (2017). Obtenido el 17 de julio de 2017, de <https://www.boe.es/boe/dias/1990/12/31/pdfs/A38897-38904.pdf>

### **Sentencias:**

- Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, 24 de enero del 2017, JUR 2017/25806
- Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, de 27 de Enero del 2015, demanda 25358/12
- Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, del 26 de Junio del 2014 (PROV 2014, 176908)
- Sentencia del tribunal Supremo número 953/2016 de 16 de noviembre, RJ/2016/6152
- Sentencia del tribunal Supremo (sala de lo social) numero 881/2016 de 25 octubre, RJ/2016/6167
- Sentencia del tribunal Supremo (sala de lo social) numero 944/2014 del 13 de mayo, AS/ 2014/1228
- Sala Primera del Tribunal Superior de justicia de Cataluña, recurso 245/2012 del 6 de febrero del 2014
- Juzgado de primera instancia en Valencia, audiencia provincial, NUM. 949/2011

## 8. Anexo

Antonio J. Vela Sánchez da una propuesta de regulación del convenio de la gestación subrogada, con la modificación legislativa adaptado a la legislación Española.

### 1. Ley reguladora del convenio de gestación por sustitución

#### TITULO PRELIMINAR

Artículo 1. Concepto del convenio de gestación por sustitución-El convenio de gestación por sustitución es un negocio jurídico especial de derecho de familia, oneroso o gratuito, formalmente en documento público notarial, por el que una mujer, con plena capacidad de obrar, consciente libremente en llevar a cabo la concepción- mediante técnicas de reproducción asistida- y gestación, aportando o no su óvulo, con el compromiso irrevocable de entregar el nacido-cuyo origen biológico debe constar claramente- a los otros intervinientes, que pueden ser sujetos individuales o una pareja, matrimonial o de hecho, plenamente capaces y de los cuales al menos uno sea aportante de material genético, salvo en los supuestos expresamente previstos en esta ley.

Artículo 2. Forma del convenio de gestación por sustitución y obligaciones del Notario interviniente. – 1. El convenio de gestación por sustitución se formalizará en documento público notarial, realizado con anterioridad al embarazo de la mujer gestante generado mediante inseminación artificial.

2. El notario interviniente deberá constar el cumplimiento de todos los presupuestos y recabará todas las certificaciones legalmente establecidas.

Artículo 3. Consentimiento e irrevocabilidad. – 1. El notario interviniente deberá verificar especialmente que el consentimiento de la mujer gestante se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo, violencia o intimidación.

2. Los consentimientos prestados en el convenio de gestación por sustitución serán irrevocables con independencia de su carácter oneroso o gratuito.

#### TITULO 1

## Presupuestos requeridos a los contratantes

Artículo 4. Presupuestos exigidos a los padres o madres intervinientes.- 1. Podrá realizar este convenio cualquier persona soltera o pareja matrimonial o de hecho estable, tanto heterosexual como homosexual. El interviniente deberá ser mayor de 25 años, y si se trata de parejas matrimoniales o de hecho estables, basta que uno de sus miembros haya alcanzado dicha edad.

2. Respecto de la mujer o mujeres interesadas, debe acreditarse, mediante certificación médica expedida por dos especialistas independientes, la imposibilidad biológica del embarazo o de llevarlo a cabo sin peligro grave para su salud o la del niño.

3. El padre o madre interesado, si es persona sola, o al menos unos de los padres intervinientes, si se trata de pareja matrimonial o de hecho estable deberá ser aportante de material genético. Se exceptúan los casos de personas infértiles que por su condición homosexuales tengan difícil acceso a la adopción nacional o internacional.

4. El comitente o comitentes aceptarán expresamente la eventualidad de la discapacidad psíquica o física que pueda tener el nacido.

Artículo 5. Requisitos exigidos a la mujer gestante. – 1. La mujer gestante debe tener más de 25 años, buen y justificado estado de salud psicofísica- certificado por dos especialistas independientes- y plena capacidad de obrar. Si no puede ser inseminación artificialmente, el acuerdo se resolverá de pleno derecho.

2. Deberá tener, por lo menos, un hijo propio sano.

3. Solo podrá realizar este convenio dos veces.

4. Podrá ser persona extraña a los contratantes o pariente colateral o por afinidad.

5. Tendrá derecho a una indemnización razonable por los gastos de embarazo y parto que no sean cubiertos por la seguridad social, aunque la gestación no culmine por causas no imputables a ella.

6. Deberá asumir –y también su marido, si estuviera casada-, el riesgo de las consecuencias que le pueden producir el embarazo y el parto.

## TÍTULO II

### Constancia del origen biológico del hijo

Artículo 6. Constancia del origen biológico del hijo. –El convenio de gestación por sustitución posibilitará que el hijo nacido pueda conocer su origen biológico.

### TÍTULO III

#### Cláusulas adicionales

Artículo 7. Filiación del nacido en casos especiales. – 1.Tratandose de comitentes casados o en pareja de hecho, deberá especificarse si ambos son aportantes de material genético. En caso de que sólo uno de ellos lo sea, se hará constar el consentimiento previo y expreso del otro a la realización del convenio, de manera que no podrá impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia del convenio.

2.La falta de conocimiento o de consentimiento del otro cónyuge o pareja de hecho determinará la filiación no matrimonial del nacido sólo respecto del comitente, que podrá tomarse en matrimonio, respecto de la pareja casada, o no matrimonial, respecto de los unidos de hecho, en caso de consentimiento posterior de aquellos.

3. Si realizada la prueba biológica oportuna, se determinara el nacido no es hijo del comitente o comitentes que aportaron el material reproductor, la filiación no podrá quedar determinada legalmente respecto de aquellos sin su consentimiento expreso. Admitida o no la filiación, queda a salvo el derecho a reclamar la indemnización de daños y perjuicios producidos a todos los causantes de los mismos.

4. Si la mujer gestante estuviera casada, debería constar el consentimiento al convenio de su marido, que sería indispensable si fuera aportante de material genético, en cuyo caso se hará constar expresamente su renuncia a la reclamación de la filiación del nacido.

Artículo 8. Supuestos de crisis familiar o del fallecido de los padres o madres contratantes durante la gestación. -1. En caso de separación, divorcio o nulidad del matrimonio o disolución de la unión de hecho de los padres o madres contratantes, resolverá el juez conforme a los artículos 90 y siguientes del Código Civil, con independencia de que haya habido aportación de maternidad genético de uno o de ambos comitentes.

2. En el convenio de gestación por sustitución se debería de incluir el nombramiento de un tutor del menor para el supuesto de muerte de ambos padres –o del comitente- antes del nacimiento. Atendidas las circunstancias, el juez podría dar preferencia a la mujer gestante.

3. El comitente o comitentes contratarán un seguro que cubra el fallecimiento o la incapacidad permanente o temporal de la mujer gestante, quien designará a los beneficiarios.

#### TITULO IV

##### Efectos del incumplimiento del convenio de gestación por sustitución

Artículo 9. Interrupción voluntaria del embarazo.- Si la mujer gestante abortara voluntariamente, sin causa grave y justificada de salud, además de devolver cuanto hubiera recibido por el convenio, deberá indemnizar al comitente o comitentes los gastos y los daños y perjuicios causados, en particular, el daño moral.

Artículo 10. Falta de entrega del nacido. –En caso de la falta de entrega del nacido a requerimiento del comitente o comitentes, la mujer gestante o quien lo tuviera incurrirá en responsabilidad civil y penal conforme a la legislación vigente. Si existe riesgo fundado de sustracción del menor podrá solicitar al juez la adopción de prevenciones necesarias conforme a la norma en vigor.

Artículo 11. Vulneración del deber de confidencialidad. –Las partes contratantes pueden establecer una cláusula de confidencialidad de manera que ni la mujer gestante ni los padres o madres contratantes revelen la existencia del contrato o la identidad de la otra parte, pena de incurrir en responsabilidad civil y penal.

Artículo 12. Impago de la compensación fijada. –El impago de la compensación razonable fijada en el convenio por insolvencia sobrevenida, no dará lugar a la aplicación del artículo 1124 CC, sino a la intervención de los servicios sociales de la comunidad autónoma correspondiente que, atendidas las circunstancias, procederá a la entrega del nacido al comitente o comitentes, previo pago a la mujer gestante –aunque con derecho de reembolso respecto de los contratantes-, o bien a la apertura de los mecanismos de tutela, acogimiento o adopción procedentes.

Artículo 13. Falta de recepción del nacido. –En el supuesto de que el comitente o comitentes –debidamente notificado del nacimiento del hijo-, no cumplieren su deber de hacerse cargo del nacido se procederá a su guarda y acogimiento, tutela o adopción conforme penal de aquello.

## TÍTULO V

### De los centros de reproducción asistida intervinientes en la ejecución del convenio de gestación por sustitución

Artículo 14. Obligaciones y responsabilidades. -1. Los centros de reproducción asistida, debidamente homologados para su actuación, deberán exigir a los interesados a la prestación del convenio de gestación por sustitución formalizado notarialmente y cumplir todos los presupuestos establecidos legalmente.

2. En su caso, deberán expedir certificados de la aportación de material reproductor del comitente o comitentes y trasladarla al notario autorizante del convenio para su verificación e incorporación al mismo.

3. Los centros de reproducción asistida responderán del incumplimiento de sus obligaciones normativas.