

M<sup>a</sup> Carmen Vaz Gallego

**LA PRESTACIÓN POR MATERNIDAD EN CASOS DE  
GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN O SUBROGADA**

TRABAJO DE FIN DE GRADO

Dirigido por la Dra. Diana Marín Consarnau

Grado de Relaciones laborales y Ocupación



UNIVERSITAT  
ROVIRA I VIRGILI

Tarragona

2017

## Resumen

El contrato de gestación por sustitución o subrogada está declarado nulo de pleno derecho en España en base a la Ley 14/2006 referida a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida. En primer lugar, estudiaremos el problema del reconocimiento de la inscripción de la filiación de los menores nacidos por esta técnica, para luego, con el fin de analizar el tema objeto de este trabajo, examinar si existe derecho a las prestaciones por maternidad en los supuestos de gestación por sustitución o subrogada.

**Palabras clave:** Gestación por sustitución, Maternidad, Filiación, Prestación por maternidad

## Resum

El contracte de gestació per substitució o subrogada està declarat nul de ple dret a Espanya en base a la Llei 14/2006 que fa referència a les Tècniques de Reproducció Humana Assistida. En primer lloc, estudiarem el problema del reconeixement de l'inscripció de la filiació dels menors nascuts per aquesta tècnica, per després, amb la finalitat d'analitzar el tema objecte d'aquest treball, examinar si existeix dret a les prestacions per maternitat en supòsits de gestació per substitució o subrogada.

**Paraules clau:** Gestació per substitució, Maternitat, Filiació, Prestació per maternitat

## Abstract

The substitution or surrogacy gestational contract is declared void of full rights based on Spain's law 14/2006, regarding Assisted Human Reproduction Techniques. Firstly, we will study the problem of acknowledgement of the inscription of the legal parentage of minors born by the technique, so that after, with the purpose of analyzing the objective theme of the assignment, examine if the right to maternity benefits, in the assumptions of substitution or surrogacy gestational.

**Key words:** Gestational surrogacy, Maternity, Legal parentage, Maternity benefits

# ÍNDICE

ABREVIATURAS Y SIGLAS.....	6
INTRODUCCIÓN.....	8
<u>Capítulo I. La gestación por sustitución o subrogada.....</u>	<u>10</u>
1. Concepto de gestación por sustitución o subrogada.....	10
2. Panorama legislativo de algunos países más representativos en la materia.....	13
2.1 Aquellos que prohíben la práctica.....	13
2.2 Aquellos en los que se admite pero únicamente cuando sea de carácter altruista y bajo una serie de requisitos y condiciones.....	16
2.3 Aquellos en los que existe una admisión amplia de la práctica.....	17
3. Consideración sobre una propuesta de regulación de la gestación por sustitución en España.....	22
<u>Capítulo II. La inscripción en el Registro Civil.....</u>	<u>26</u>
1. Problemática jurídica actual de los nacidos por gestación por sustitución o subrogada.....	26
2. Problemática en el momento de efectuar la inscripción.....	29
2.1 Argumentación de la DGRN en la Resolución del 18 de febrero de 2009...32	
2.1.1 Los indicios de la generación física.....	32
2.1.2 Defensa del principio del interés superior del menor.....	33
2.1.3 Una cuestión de validez extraterritorial.....	37
2.2 La Sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de febrero de 2014.....	40
2.3 La STEDH, de 26 de junio de 2014.....	45
2.4 La Sentencia del TEDH, de 27 de enero de 2015.....	51
3. Procedimiento de inscripción en el Registro Civil.....	53
3.1 La inscripción en el marco jurídico actual.....	53
3.2 La inscripción en la nueva Ley de Registro Civil.....	54
<u>Capítulo III. Análisis de la jurisprudencia respecto de la prestación por maternidad en casos de gestación por sustitución o subrogada</u>	
1. Introducción a la problemática de la gestación por sustitución o subrogada en el ámbito de la Seguridad Social.....	63

2. La prestación por maternidad.....	64
3. La interpretación del TJUE.....	68
3.1 STJUE, 18 de marzo de 2014, Asunto C-363/12.....	69
3.2 STJUE, 18 de marzo de 2014, Asunto C-167/12.....	71
3.3 Efectos de la doctrina del TJUE en la doctrina judicial española.....	72
3.4 Doctrina científica respecto de la interpretación del TJUE.....	74
4. Análisis jurisprudencial favorable a la concesión de la prestación por maternidad en casos de gestación por sustitución.....	77
4.1 Pronunciamientos favorables de los Tribunales Superiores de Justicia.....	77
4.1.1 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, de 20 de septiembre de 2012.....	78
4.1.2 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 18 de octubre de 2012.....	78
4.1.3 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Palmas de Gran Canaria, de 7 de julio de 2014.....	80
4.2 La postura del Tribunal Supremo.....	87
4.2.1 La STS, de 25 de octubre de 2016.....	87
4.2.2 La STS, de 16 de noviembre de 2016.....	96
5. Concurrencia de argumentos en la fundamentación de la jurisprudencia.....	101
 CONCLUSIONES FINALES.....	 109
 BIBLIOGRAFÍA.....	 112
 OTRAS FUENTES DE INTERÉS.....	 116
 JURISPRUDENCIA.....	 117

## ABREVIATURAS Y SIGLAS

BOE.....	Boletín Oficial del Estado
CC.....	Código Civil
CE.....	Constitución Española de 1978
CEDH.....	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CP.....	Código Penal
DGRN.....	Dirección General de Registros y del Notariado
DOUE.....	Diario Oficial de la Unión Europea
ET.....	Estatuto de los Trabajadores
INSS.....	Instituto Nacional de la Seguridad Social
LEC.....	Ley de Enjuiciamiento Civil
LGSS.....	Ley General de la Seguridad Social
LO.....	Ley Orgánica
LRC.....	Ley de Registro Civil
LTRHA.....	Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida
RC.....	Registro Civil
RD.....	Real Decreto
RDL.....	Real Decreto Ley
RRC.....	Reglamento del Registro Civil
STC.....	Sentencia del Tribunal Constitucional
STJUE.....	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS.....	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ.....	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TC.....	Tribunal Constitucional
TEDH.....	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJUE.....	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS.....	Tribunal Supremo

TSJ.....Tribunal Superior de Justicia

UE.....Unión Europea

## INTRODUCCIÓN

El objetivo que persigo con este trabajo es dar a conocer cuál es la situación que nos encontramos actualmente en nuestro país respecto de la figura de la gestación por sustitución o subrogada. Y es que, a diferencia de España, existen países en los cuales su práctica está contemplada por la ley a los que acuden personas españolas. Cuando estas pretenden efectos de filiación y prestaciones de la Seguridad Social, se presentan toda una serie de problemáticas que analizaré en el trabajo.

Es por ello que haré mención de la problemática existente en referencia al ámbito del Derecho Civil (respecto de los temas referentes a la filiación de nacidos en el extranjero mediante esta práctica), aunque me centraré en la dilema que acontece en relación con la concesión de los permisos por maternidad en supuestos de gestación por sustitución o subrogada.

Para la realización del estudio, el trabajo se encuentra estructurado en tres capítulos. El orden que he utilizado para ellos está establecido de manera que en el primero podemos encontrar, a modo introductorio, el concepto y las identificaciones de la gestación por sustitución que para ello, entre otros preceptos, hemos tenido en consideración la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, el panorama legislativo de algunos de los países más representativos en la materia y, por último, se hará contemplación a una propuesta de regulación de dicha práctica en España.

El segundo capítulo lo he dedicado al ámbito del Derecho Civil. Es decir, en él se expondrá lo que guarde relación con la inscripción en el Registro Civil de los menores nacidos en el extranjero mediante esta práctica. Lo compondrá la problemática jurídica actual respecto de estos menores, la que existe, también, en el momento de efectuar su inscripción y el procedimiento de inscripción en el Registro Civil que deben seguir.

En el tercero, dedicado al ámbito del Derecho de la Seguridad Social, encontraremos el análisis realizado respecto de la prestación por maternidad en casos de gestación por sustitución o subrogada siendo éste el objeto de estudio de la investigación.

Para hacer más efectivo el análisis del presente trabajo utilizaremos criterio jurisprudencial, pues por el momento no existe legislación alguna que pueda amparar estas situaciones que se producen por la práctica de la gestación por sustitución.

Me gustaría añadir que he elegido este tema ya que actualmente se encuentra en auge y por ello me resulta muy interesante investigar y escribir sobre él. Me resulta sorprendente las controversias con las que podemos encontrarnos en referencia al objeto de estudio y es por ello que considero la necesidad de regulación que existe frente a esta cuestión (sea a favor o en contra) para así poder poner fin a la problemática que acontece al respecto.

# CAPÍTULO I: La gestación por sustitución o subrogada

---

## 1. Concepto de gestación por sustitución o subrogada

El concepto legal de gestación por sustitución se halla en el artículo 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA), que la define como “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”. Es la existencia de un acuerdo de voluntades en virtud del cual una mujer acepta portar en su vientre un niño por encargo de otra persona o de una pareja (qué por motivos específicos no podrán, de manera natural, contraer hijos por sus propios medios), con el compromiso de que una vez finalizado el proceso de embarazo se hará entrega del recién nacido a la/s persona/s contratantes/s renunciando, en su totalidad, al derecho sobre ese hijo gestado. Pueden encontrarse varias definiciones del concepto en cuestión más o menos amplias, podemos poner como ejemplo la que expuso COLEMAN, que fue una de las primeras definiciones que se conocieron, para quien “la maternidad subrogada es una aplicación novel de la técnica de la inseminación artificial que resulta en el nacimiento de una criatura con un nexo biológico unilateral a la pareja infértil. La gestante es una mujer fértil que conviene que, mediante contrato, se la insemine artificialmente con el semen de un hombre, gestar el niño y darla a la luz o procrearla. Una vez nacido el niño, la gestante o suplente renuncia su custodia a favor del padre biológico y, además, termina todos sus derechos de filiación sobre el niño para que la esposa del hombre con cuyo semen fue inseminada la adopte<sup>1</sup>”. O, también, es comúnmente aceptada por la doctrina que resulta de la Sentencia nº 826 de la Sección 10ª de la Audiencia Provincial de Valencia, de 23 de noviembre de 2011<sup>2</sup>, donde queda establecido que la gestación por sustitución “consiste en un contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida aportando, o no, también su óvulo con el compromiso de entregar

---

<sup>1</sup> Citando a COLEMAN véase: LAMM, ELEONORA. (2013). *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. (Colección de bioética). Barcelona: Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona. Pág.22.

<sup>2</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, 826/2011, (Sala de lo Social, Sección 10ª), de 23 de Noviembre de 2011 (Recurso de apelación, nº 949/2011). (Id. Cendoj: 46250370102011100707).

el nacido a los comitentes, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre sí o no, que a su vez pueden aportar o no sus gametos”.

En efecto, lo que debe tenerse en consideración es que en todo momento se habla de un contrato que se lleva a cabo por dos partes intervinientes, ambas con interés por llevar a cabo esta práctica y, por lo tanto, consentidoras y que puede ser de carácter oneroso o gratuito como se especificó con anterioridad.

Como bien expone SILVIA VILAR, la gestación por sustitución es una de las últimas opciones a la que acuden las personas que quieren formar una familia y que no disponen de otros medios para ello<sup>3</sup>. Se conoce que en España es una práctica prohibida, expresamente por la Ley 14/2006 de 26 de mayo, y sancionada en ámbito penal incluso con la privación de libertad hasta en 5 años.<sup>4</sup> Pero el hecho de que la viabilidad que existe para lograr la inscripción de la filiación del neonato, es lo que lleva a muchas personas o parejas españolas a optar por su práctica en países extranjeros en los que existe regulación para llevarlo a cabo en países donde su práctica es legal<sup>5</sup>. Ya sea por la vinculación con problemas de esterilidad de las parejas heterosexuales porque cada vez se decide acceder a la maternidad y paternidad a una edad más avanzada lo que influye directamente en la capacidad reproductiva tanto de hombres como mujeres, y el retraso en la maternidad hace que aumenten las dificultades para concebir, en el que también influyen decisivamente en la esterilidad humana, aspectos como el abuso del alcohol, el tabaco y las drogas, el estrés de la vida moderna, los antecedentes de abortos y

---

<sup>3</sup> VILAR GONZALEZ, SILVIA. (2014). Situación actual de la gestación por sustitución: Estudio de la situación legal existente tanto en nuestro país como en el resto del mundo. *UNED Revista de Derecho*. Núm. 14, Pág. 897.

<sup>4</sup> Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2006) en el artículo 10 señala que: “será nulo de pleno derecho 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.” Y además aparece tipificado en el artículo 221 del Código Penal la conducta de quienes, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concorra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación. Esta conducta se castiga con penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a diez años. Además, en el apartado segundo del mismo precepto, se castiga a la persona que lo reciba y el intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero.

<sup>5</sup> Aunque sin datos oficiales de cuántos niños han nacido por esta técnica y han sido inscritos en España en el Registro Civil, lo cierto es que parece ser una práctica en aumento. Véase:

<http://www.20minutos.es/noticia/1775366/0/ventre-de-alquiler/registro-civil/bebes/>

enfermedades venéreas, o el uso de dispositivos intrauterinos<sup>6</sup>, o bien porque gracias al avance actual de la sociedad algunas personas deciden acceder a la maternidad-paternidad siendo madre/padre soltero o bien por motivos de su orientación sexual (homosexuales) y que desean formar una familia.

En efecto, debe tenerse consideración que tanto en el caso de parejas constituidas por dos hombres, en el de las mujeres, porque, en ocasiones, no pueden fisiológicamente llevar a buen término un embarazo, la gestación por sustitución se vislumbra como una solución o, más bien, como la solución.

Se entiende que podemos referirnos a ella mediante distintas identificaciones como pueden ser; gestación por sustitución, maternidad o paternidad subrogada, reproducción asistida, madres suplentes, gestación por cuenta ajena o por cuenta de otro gestación por encargo o maternidad sustituta, y en término coloquial se conoce como el denominado vientre de alquiler o incluso madres o úteros de alquiler (denominación poco apropiada ya que empleamos el término alquiler para aquellos contratos en los que el objeto comercial lo constituye una cosa).<sup>7</sup>

Por último, tras haber expuesto el concepto y las identificaciones que acontecen en referencia al objeto de estudio, hacer mención de la postura que toma la autora ELEONORA LAMM en uno de sus artículos en cuanto a que la denominación de maternidad subrogada, referente a su terminología<sup>8</sup> (ya que puede conocerse de numerosas maneras) en el que advierte que puede resultar no ser la más correcta ya que cuando hablamos de maternidad englobamos una realidad mucho más extensa de lo que es la gestación. Es decir, puede decirse que no es exactamente lo mismo ya que el término “gestación” hace referencia únicamente a la acción de “gestar” y el papel que realmente constituye esta técnica no es el de la maternidad sino únicamente el de gestar a la criatura y, por lo tanto, lo que se subroga no es la maternidad sino que existe una cesión temporal de una función del cuerpo en beneficio de quienes realmente quieren ser padres que no será la persona portadora del útero, en este caso. Es interesante

---

<sup>6</sup> SOTO LAMADRID, MIGUEL ÁNGEL. (1990). *Biogenética, filiación y delito*. Buenos Aires: Editorial Astrea. Pág. 6.

<sup>7</sup> MARÍN PINZÓN, INÉS YOHANNA. (2015). La aceptabilidad jurídica de la técnica de gestación de vida humana por sustitución de vientre, *Revista de Derecho y Genoma Humano*. Núm.43. Pág.86.

<sup>8</sup> LAMM, ELEONORA. (2012). Gestación por sustitución. Realidad y Derecho. InDret. *Revista para el Análisis del Derecho*, vol. 3. Pág.4.

conocer, también, que en esta materia el término “sustitución” evidencia que esta gestación es para otro y por otro que no puede llevarlo a cabo por sus propios medios. Por ello, la gestación por sustitución se refiere a aquella mujer que gesta un hijo para un tercero<sup>9</sup>. Por lo tanto, a mi parecer tomo consideración de esta apreciación y me inclino por la denominación “gestación por sustitución o subrogada”.

## **2. Panorama legislativo de algunos países más representativos en la materia**

Habiendo analizado la situación en España, en este siguiente apartado realizaré una referencia a los efectos de mostrar, principalmente, las posturas y tendencias legislativas en otros países.

En primer lugar, puede decirse que el derecho comparado no ofrece únicamente una respuesta en lo que respecta a la gestación por sustitución ya que, por un lado, aún existen países que carecen de regulación y, por otro, dentro de aquellos que sí que han regulado la gestación por sustitución se encuentran tres posturas;

1. Aquellos que prohíben la gestación por sustitución
2. Aquellos en los que se admite pero únicamente cuando ésta sea de carácter altruista y bajo una serie de requisitos y condiciones
3. Aquellos en los que existe una admisión amplia de la práctica

Procederé a un breve análisis de cada una de las posturas, centrándome con más rigor en aquella que es totalmente admisible.<sup>10</sup>

### **2.1 Prohibición de la gestación por sustitución**

Con su prohibición lo que se busca es prevenir o eliminar su práctica. Esta postura es adoptada por países como España (estudiado con anterioridad), Francia, Alemania, Suiza e Italia, entre otros;

---

<sup>9</sup> MARÍN PINZÓN, INÉS YOHANNA. (2015). La aceptabilidad jurídica de la técnica de gestación de vida humana por sustitución de vientre, *Revista de Derecho y Genoma Humano*. Núm. 43. Pág. 87.

<sup>10</sup> LAMM, ELEONORA. (2013) *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. (Colección de bioética). Barcelona: Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona. Pág. 125.

## Francia

El *Comité Consultatif National d'Ethique de Francia* en su Opinión número 3 del 23 de octubre de 1984, no se manifiesta a favor de la gestación por sustitución en tanto ésta puede servir a intereses comerciales y llevar a la explotación material y psicológica de las mujeres involucradas. La misma postura negativa se reitera en la opinión número 90 del 24 de noviembre de 2005 sobre “Acceso a los orígenes, anonimato y confidencialidad de la filiación” y en su reciente opinión número 110, de mayo de 2010, sobre *Problemes ethiques soulevés par la gestation pour autrui (gpa)*. En esta última afirma que la gestación por cuenta ajena es contraria a la dignidad humana y puede causar graves secuelas emocionales en los hijos.<sup>11</sup>

Por su parte, el artículo 16.7º del Código Civil Francés, en su redacción dada por la Ley 1994-653, de 29 de julio de 1994, dispone que toda convención referida a la procreación o a la gestación por cuenta de otro es nula, debiendo entenderse, por aplicación del artículo 16. 9º del mismo Código, que tal nulidad es de orden público. La prohibición se completa por el artículo 227-12 del Código Penal, relativo al delito de simulación de parto y alteración del estado civil, que sanciona la maternidad subrogada con un año de prisión y multa de 15.000 euros. Cuando el delito obedece a fines comerciales se prevé el doble de pena.<sup>12</sup>

## Alemania

Por lo que respecta al país alemán, la ley alemana de protección del embrión 745/90 de 13 de diciembre de 1990<sup>13</sup>, en su artículo 1, referido a la utilización abusiva de las técnicas de reproducción, establece que:

“1. Será sancionado con una pena privativa de la libertad de hasta tres años o de una multa quien: 1) Procediera a transferir a una mujer el óvulo de otra; 2) Fecundara artificialmente un óvulo con fines distintos que los de iniciar un embarazo en la mujer

---

<sup>11</sup> LAMM, ELEONORA. (2012). Gestación por sustitución. Realidad y Derecho. InDret. *Revista para el Análisis del Derecho*, vol. 3. Pág. 11.

<sup>12</sup> VELA SÁNCHEZ, ANTONIO JOSÉ. (2011). La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler. *Diario La Ley: Cuestiones que suscita la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución*. Núm. 7608. Pág.3.

<sup>13</sup> *Embryonenschutzgesetz-ESchG*

de quien proviene el óvulo; (...); 3) Fecundara artificialmente o transfiriera un embrión a una mujer dispuesta a entregar el niño a terceros luego de su nacimiento”.

Es por ello que se entiende que contrato de maternidad subrogada sería contrario a las buenas costumbres y al orden público (artículo 138 BGB).<sup>14</sup>

### Suiza

Por lo que respecta a Suiza, la gestación por sustitución está prohibida por el artículo 119.2 letra d) de la Constitución Federal (“La donación de embriones y todas las formas de maternidad de sustitución están prohibidas”) y por el artículo 4 de la Ley federal sobre procreación médicamente asistida de 1998 (reformada en 2006) que expresamente prohíbe la gestación por sustitución en todas sus modalidades (tanto a título oneroso como gratuito). Así, el contrato de maternidad subrogada es nulo en virtud del artículo 20 del Código de obligaciones.<sup>15</sup>

### Italia

En Italia, conforme al artículo 4.3 de la Ley de 19 de febrero de 2004, núm. 40, sobre normas en materia de procreación médica asistida, prohíbe el recurso a las técnicas de procreación médicamente asistida de tipo heteróloga, diciendo así; “È vietato il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo”. Es por ello que no hay duda de que la gestación por sustitución está prohibida. Además, atendemos también a lo dispuesto en el artículo 12.6 de la misma ley, donde se establece que el convenio de gestación por sustitución es nulo de pleno derecho en cualquiera de sus modalidades, de manera que será penado, con reclusión de tres meses a dos años y con la multa de 600.000 a un millón de euros, quien, de cualquier modo, realiza, organiza o publicita la maternidad subrogada. La nulidad del contrato de maternidad subrogada implica que la filiación se determinará por el parto, de modo que, a efectos legales, la gestante será siempre considerada como madre.

Tras lo expuesto cabe mencionar que los ciudadanos italianos, igualmente, recurren a esta práctica en el extranjero.

---

<sup>14</sup> LAMM, ELEONORA. (2013). *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. (Colección de bioética). Barcelona: Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona. Pág.125.

<sup>15</sup> LAMM, ELEONORA. (2013). *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. (Colección de bioética). Barcelona: Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona. Pág. 127.

## **2.2 Admisión de la gestación por sustitución sólo cuando es altruista y bajo ciertos requisitos y condiciones.**

### Reino Unido

En el Reino Unido, en 1985 se aprobó la *Surrogacy Arrangements Act* para el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, que sanciona penalmente la publicidad y la gestión comercial cuya finalidad sea la realización de acuerdos de gestación por sustitución. Además también se regula por la *Adoption and Children Act* de 2002, la *Human Fertilisation and Embryology Act* de 2008 y otros instrumentos como la *Fertilisation and Embryology (Parental order) Regulations* de 2010. Se entiende que esta normativa prohíbe: iniciar o colaborar en negociaciones con el propósito de concertar un acuerdo de maternidad de subrogación, ofertar o convenir negociar la realización de tales acuerdos, o recopilar cualquier información con el propósito de su utilización en la realización o negociación de acuerdos de gestación por sustitución.<sup>16</sup>

En efecto, se entiende que La filiación se determina con respecto a la madre que da a luz (regla tradicional del Derecho romano). Sólo se transfiere (pasado un período de reflexión de 6 semanas que se otorga a la gestante) a los padres intencionales si éstos lo solicitan ante los tribunales.

En las condiciones exigidas por la ley, el juez inglés puede establecer la filiación del niño respecto de los padres intencionales mediante una *parental order* que transfiere la filiación inicialmente establecida con respecto a la madre gestante, a los comitentes.

Tras lo expuesto lo que puede interpretarse es que lo que no permite este país es la gestación por sustitución de carácter comercial.

### Grecia

En Grecia, la gestación por sustitución está regulada por dos leyes: la ley 3089/2002 y la ley 3305/2005. Conforme a esta legislación, los contratos de gestación por sustitución están sometidos a una serie de requisitos. Así, el artículo 1458 de la ley 3089/2002 establece que: “La transferencia de un óvulo fertilizado a otra mujer y su embarazo

---

<sup>16</sup>LAMM, ELEONORA. (2013). *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. (Colección de bioética). Barcelona: Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona. Pág. 131.

deberá ser permitida por autorización judicial expedida antes de la transferencia, la cual será dada previo acuerdo escrito y sin beneficios económicos entre las partes implicadas. La autorización será expedida y seguida de un escrito presentado por la mujer que quiere tener un hijo en el que conste evidencia que demuestre no sólo que ella es médicamente incapaz de concebir un hijo, sino también que la gestante goza de buena salud y es capaz de concebir”. Como puede observarse, el texto del art. 1458 del citado cuerpo legal establece que el óvulo fertilizado ha de implantarse en una mujer distinta a la que donó dicho óvulo. En cuanto a las partes implicadas, éstas son las personas que desean tener un hijo y la gestante, y en los casos en lo que ésta está casada, su esposo también.

De esta manera, la gestación por sustitución sólo se permite después de una resolución judicial dictada por el tribunal de distrito donde residen los comitentes y la gestante. Además, la implantación sólo puede tener lugar después de la resolución judicial.<sup>17</sup>

Para acabar, me gustaría destacar que desde el año 2002, ésta práctica con carácter gestacional y altruista está totalmente permitida en Grecia aunque es cierto que la ley prohíbe que se remunere a la gestante dejando a salvo la posibilidad de que haya una indemnización razonable por la pérdida de salarios de la gestante y por los gastos que suponen la gestación y, a su vez, el parto. Es decir, la legislación griega no permite compensación económica que vaya más allá de cubrir los gastos que derivan de la gestación y el parto y, en su caso, de una indemnización razonable por la pérdida de salarios de la madre subrogada, es decir, no se permite el pago de servicios o la obtención de cualquier beneficio económico por las partes.

### **2.3 Admisión amplia hacia la práctica de la gestación por sustitución**

Tal es el caso de Rusia, Ucrania y algunos Estados de los Estados Unidos (por ejemplo, California), entre otros.

#### Rusia

En Rusia, los aspectos legales de la gestación por sustitución se rigen por tres leyes federales y un acto jurídico gubernamental; el Código de Familia de la Federación de

---

<sup>17</sup>LAMM, ELEONORA. (2013). *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. (Colección de bioética). Barcelona: Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona. Pág. 151.

Rusia de 1995<sup>18</sup> y la Ley Federal de Salud (*Federal Law on the Basis of Protection of Citizens' Health*, N° 323-FZ) aprobada en noviembre de 2011, en vigor desde el 1 de enero de 2012, que deroga la ley de 1993<sup>19</sup>, la Ley Federal sobre los actos de Registro del estado civil de 1997 (*Federal Law on the Acts of Registration of Civil Status*, 1997)<sup>20</sup>, y por último, la Orden n°. 67 del Ministerio de Salud Pública de la Federación de Rusia<sup>21</sup>, del 26 de febrero de 2003, que regula la parte médica de la gestación por sustitución.

Se conoce que en Rusia pueden ser gestantes las mujeres que hayan consentido voluntariamente la participación en dicho programa y reúnan los requisitos siguientes: tener una edad de entre 20 y 35 años; tener un hijo propio sano; tener una buena salud psíquica y somática. Sólo se admite la gestación por sustitución gestacional.

### Ucrania

Se conoce que es un país que tiene uno de los enfoques más liberales y amplios sobre la gestación por sustitución y es por ello que puede decirse que es absolutamente legal en Ucrania, pues así lo permiten el Código de Familia y la Orden 771 del Ministerio de Salud. En este sentido, el Código de Familia, en su artículo 123.2 establece que si un embrión concebido por una pareja como resultado de la aplicación de técnicas de reproducción asistida, es transferido dentro del cuerpo de otra mujer, los padres del niño será la pareja. Con el consentimiento de la gestante en el certificado de nacimiento constará directamente el nombre de los comitentes.

Además, según el artículo 281 del Código Civil<sup>22</sup>, sostiene en palabras textuales que; “una mujer adulta y un hombre tiene derecho a ser curado por medio de técnicas de reproducción asistida sujetas a las indicaciones médicas y en los términos y según el procedimiento prescrito por la ley”.

---

<sup>18</sup> Este código contiene dos artículos, uno concerniente al registro de la filiación del niño nacido por gestación por sustitución y otro que regula la impugnación de paternidad y maternidad en relación con un niño concebido por fecundación in vitro y nacido por gestación por sustitución.

<sup>19</sup> Ley para la protección de la salud de los ciudadanos, n°. 5487, (1993).

<sup>20</sup> Que siguiendo la norma contenida en el Código de Familia, se limita a clarificar algunos detalles relativos a la inscripción del nacimiento de un niño nacido de una gestante.

<sup>21</sup> Sobre la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en el tratamiento de la infertilidad femenina y masculina.

<sup>22</sup> LAMM, ELEONORA. (2013). *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. (Colección de bioética). Barcelona: Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona. Es necesario mencionar que este artículo se titula, “El derecho a la vida” y que hace referencia a cualquier persona física, independientemente de su nacionalidad. Pág 175.

## Estados Unidos (Estado de California)

A continuación me centraré con más precisión en el país Estadounidense teniendo consideración el grado de desarrollo legislativo y jurisprudencial de la gestación por sustitución en Estados Unidos. Puede considerarse con especial relevancia o interés ya que los estados que componen al país han adoptado distintas respuestas y soluciones ante esta práctica.

Es interesante saber que es conocido como un país federal que se compone por numerosos estados, y cada estado tiene su propio gobierno y, por lo tanto, estos tienen el poder de legislar bajo su propia normativa. Es por ello que para que el contrato de gestación por sustitución sea válido va a depender del Estado en el que uno se encuentre ya que cada uno de ellos han optado distintas respuestas y soluciones referentes a la gestación por sustitución.

Cabe destacar que el estado más favorable respecto de esta práctica es el estado de California (entre otros como por ejemplo Carolina del Sur, Pensilvania, Massachusetts y Ohio)<sup>23</sup> ya que es en él donde existen las leyes más favorables sobre la gestación por sustitución<sup>24</sup> aunque es cierto que este tipo de contratos no están expresamente contemplados en la Ley, por lo que puede decirse que han sido los tribunales quienes han ido otorgando carácter vinculante a los acuerdos de gestación por sustitución, de modo que en caso de conflicto de intereses entre la pareja comitente y la madre subrogada, han declarado la filiación del nacido a favor de los miembros de la pareja comitente.

Podría decirse que el primer precedente en el que se otorga eficacia vinculante a los contratos de maternidad subrogada lo encontramos en el caso *Johnson vs. Calvert*<sup>25</sup>, en

---

<sup>23</sup> LAMM, ELEONORA. (2013). *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. (Colección de bioética). Barcelona: Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona. Pág. 190

<sup>24</sup> SCOTTI BEATRIZ, LUCIANA. (2012). El reconocimiento extraterritorial de la “maternidad subrogada”: *una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas*. *Pensar en Derecho*. Pág. 282 <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/el-reconocimiento-extraterritorialde-la-maternidad-subrogada-una-realidad-colmada-de-interrogantes-sin-respuestas-juridicas.pdf>

<sup>25</sup> FARNÓS AMORÓS, ESTHER. (2010). Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. *In Dret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1. Pág.8. En el caso *Johnson vs. Calvert* el matrimonio comitente, que aportó su material genético, demandó a la madre subrogada ante las constantes amenazas de ésta de no entregar el niño si no se le entregaba más dinero. La pareja inició un procedimiento judicial dirigido a determinar a su favor la filiación del niño que pudiese nacer. En respuesta, la madre subrogada inició otro procedimiento solicitando que la filiación materna se

el que finalmente el tribunal atribuyó la filiación a la pareja comitente en base a la teoría de la causalidad, es decir, en base a que sin la voluntad de ambos el nacimiento no hubiera tenido lugar. También sigue esta línea de argumentación el caso *In Re Marriage of Buzzanca*.

En este estado el reconocimiento de la filiación resultante de un acuerdo de gestación por sustitución no es de carácter automático, sino que es un proceso que requiere que, una vez celebrado, la parte comitente (interesada) inste el procedimiento judicial regulado en la sección 7630 del *California Family Code*<sup>26</sup>, dirigido a determinar la filiación que pueda derivar, conforme con la voluntad de las partes (*intention*)<sup>27</sup> expresada en el acuerdo. Este procedimiento, dirigido a confirmar los derechos parentales, pretende establecer la filiación del nacido respecto de los dos miembros de la pareja comitente a partir de una sentencia (*pre-birth judgement*) que declara la filiación a su favor (sec. 7633 *California Family Code*)<sup>28</sup>. El procedimiento también tiene por finalidad extinguir la filiación que se pueda establecer respecto de la madre subrogada y de su marido si está casada (presunción de paternidad matrimonial).<sup>29</sup>

El procedimiento, que se acostumbra a iniciar durante el segundo trimestre de gestación, se diferencia expresamente de la adopción, ya que el órgano judicial decide en unidad

---

estableciera a su favor y, tras el parto, se negó a entregar al niño a la pareja comitente. Finalmente, como ya se ha dicho, el tribunal californiano estableció la filiación respecto de los padres comitentes en base a la teoría de la causalidad, ya que sin la voluntad (*intention*) de ambos el nacimiento no hubiera tenido lugar. Este mismo argumento se siguió en el caso *In Re Marriage of Buzzanca*, con la diferencia de que la pareja comitente no había aportado el material genético. El caso tiene su origen en la demanda de divorcio interpuesta por el marido justo antes del nacimiento de un niño gestado por una madre subrogada. La esposa reconvino solicitando una pensión a favor del “hijo del matrimonio”. El tribunal de apelaciones de California revocó la decisión del tribunal inferior, que había considerado indeterminada la filiación del menor, y estableció la filiación a favor de los esposos en base a su papel (*initiating role*) en su concepción y posterior nacimiento, ya que ambos habían aceptado voluntariamente las oportunas responsabilidades. El tribunal otorgó la custodia del nacido a la madre comitente y obligó al padre comitente al pago de una pensión alimenticia al menor.

<sup>26</sup> *California Family Code Section 7630 (f): A party to an assisted reproduction agreement may bring an action at any time to establish a parent and child relationship consistent with the intent expressed in that assisted reproduction agreement.*

<sup>27</sup> *Intention*, refiriéndose a que exista tal intención por las partes comitentes.

<sup>28</sup> *California Family Code Section 7633: An action under this chapter may be brought, an order or judgment may be entered before the birth of the child, and enforcement of that order or judgment shall be stayed until the birth of the child.*

<sup>29</sup> De lo contrario, entraría en juego la presunción de paternidad matrimonial que opera en la mayoría de ordenamientos. Según la sección 7611 del *California Family Code*; *a man is presumed to be the natural father of a child if he meets the conditions provided in Chapter 1 (commencing with Section 7540) or Chapter 3 (commencing with Section 7570) of Part 2 or in any of the following subdivisions: a) He and the child's natural mother are or have been married to each other and the child is born during the marriage, or within 300 days after the marriage is terminated by death, annulment, declaration of invalidity, or divorce, or after a judgment of separation is entered by a court [...].*

de acto, sin necesidad de valorar previamente la idoneidad de la pareja comitente. La sentencia recaída ordena al hospital que justo después del parto incluya los nombres de la pareja comitente en el certificado original de nacimiento. Con ello, se evita tener que recurrir a la adopción y el nacido ve reconocida legalmente su filiación desde este mismo momento. Dicho certificado debe inscribirse en la Ofical estatal de los registros vitales (*The California Office of Vital Records*) durante los diez primeros días siguientes al nacimiento, junto con la sentencia que declara la filiación del nacido respecto de la pareja comitente, la *pre-birth judgement*. De lo contrario, la filiación del nacido se establecerá a favor de la madre subrogada y, si está casada, también a favor de su marido, en virtud de la presunción de paternidad matrimonial de la sección 7611 del *California Family Code*.

Pero en el caso de que quien recurra la gestación por sustitución es una pareja homosexual, se entiende que la sentencia puede ordenar que conste el nombre de los dos hombres en el certificado, uno en la casilla de *father* y el otro en la casilla respectiva de *mother*, o bien que haga constar con el término neutro *parent* delante de cada nombre.<sup>30</sup> Para acabar y tras lo expuesto, cabe hacer mención a la sección 7690 del, nombrado numerosas veces con anterioridad, *California Family Code* ya que es donde se establece que el comitente es un individuo, casado o no, que manifiesta su intención de estar unido legalmente como *parent*, así en género neutro, del niño nacido como consecuencia de reproducción asistida. Con esto quiere indicarse que la filiación se establece de una manera neutral tanto respecto al género como al estado civil de la persona.

---

<sup>30</sup> LAMM, ELEONORA. (2013). *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. (Colección de bioética). Barcelona: Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona. Pág. 191.

### 3. Consideración a una propuesta de regulación de la gestación subrogada en España<sup>31</sup>

Como en otros países de la Unión Europea (UE), en España la gestación por sustitución está prohibida, declarada nula de pleno derecho por el artículo 10.1 de la Ley de TRHA. Pero con la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la Dirección General de Registros y del Notariado (DGRN), se vienen a establecer unas pautas a seguir para que en España pueda tener reconocimiento el acceso a la maternidad mediante convenio de gestación por sustitución en el extranjero. Es decir, podría venir prestando una función de regulación de la figura en España.

Sin embargo, y de acuerdo a la postura que muestra el autor VELA SÁNCHEZ<sup>32</sup>, considero que la Instrucción podría vulnerar el derecho fundamental a la igualdad y no discriminación del artículo 14 de la Constitución Española (CE de aquí en adelante). Puede ser, que si nos situamos desde el prisma del menor, de la protección de sus intereses, dicha Instrucción tenga una función positiva, pues soluciona los problemas del reconocimiento de filiación de un caso de gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero, y no deja desprotegido al menor por el hecho de que ese contrato en España sea nulo. Es decir, busca una solución para que en el caso de ser llevada a cabo la gestación por sustitución fuera de España, se pueda reconocer esa filiación mediante la inscripción en el Registro Civil (RC) y reconocer así a los comitentes como progenitores del menor nacido mediante esta práctica.

Pero no es menos cierto que esa Instrucción puede provocar desigualdades ya que el panorama existente en España es que la gestación por sustitución es nula de pleno derecho, pero con la aparición de la Instrucción, se busca un cauce a esas personas que lo realizan fuera de España para poder legalizar la situación a la llegada a territorio nacional. Con esto, lo que sucede es que sólo las personas que cuenten con medios económicos suficientes son las que van a poder acudir a esta figura para ser padres, pues

---

<sup>31</sup> VELA SÁNCHEZ, ANTONIO JOSÉ. (2011). Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España, *Diario La Ley*, nº 7621. Editorial LA LEY. Pág. 2. En el contenido de su propuesta establece como concepto de gestación por sustitución literalmente que “El convenio de gestación por sustitución es un negocio jurídico especial de Derecho de Familia, oneroso o gratuito, formalizado en documento público notarial, por el que una mujer, con plena capacidad de obrar, consiente 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”.

<sup>32</sup> VELA SÁNCHEZ, ANTONIO JOSÉ. (2011). Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España, *Diario La Ley*, nº 7621. Editorial LA LEY. Pág. 2.

es un método costoso. Entonces, es aquí donde vemos que aparece esa desigualdad, porque sólo van a poder acudir a la gestación por sustitución las familias con medios suficientes, mientras que quienes no los tengan no podrán hacerlo, ya que en su país, España, no pueden. Encontramos aquí una situación de desigualdad a la que, obviamente, no le podemos buscar ningún tipo de razón de ser ni justificación frente a la situación que acontece, lo que debería plantearse es una propuesta de regulación de la maternidad subrogada en España, para que todos los sujetos nacionales puedan acceder a la misma, buscando la igualdad entre los españoles.

A mi juicio, creo considerar esta propuesta como muy acertada ya que el hecho de que en nuestro ordenamiento jurídico se contemple como un convenio prohibido esto no da lugar a que no se lleve a cabo su práctica en países extranjeros. Por lo tanto, considero mucho más ajustado a derecho que se formule una regulación en nuestro país para que así las personas interesadas en llevarlo a la práctica no deban acudir a países extranjeros. Evidentemente, su regulación debería ir precedida de unos preceptos legales los cuales deban ser cumplidos con rigurosidad por parte de los comitentes.

Es cierto, también, que el factor más considerado al respecto en esta cuestión y el que, sin duda alguna, genera la contraposición de las opiniones, es el económico. Por lo tanto, además de tenerse en consideración su regulación debería plantearse si esta debería o no ser de carácter altruista. Es una apreciación un tanto delicada y que debería considerarse con la relevante importancia que éste merece.

Se conocen algunos casos en los que la gestación por sustitución es apoyada pero siempre y cuando esta sea de carácter altruista, es decir, que no se encuentre el factor económico de por medio. Por ejemplo, esta contemplación se conoce por el presidente del partido político Ciudadanos.<sup>33</sup>

Al defender una regulación que contemple la gestación por sustitución y que, además, esta sea de carácter altruista. Es decir, que no exista compensación económica para la madre gestante. Prometió, en efecto, llevar una propuesta de ley al Parlamento.

Además, me gustaría compartir también, la voz de una ciudadana española que se pronuncia muy a favor de esta práctica<sup>34</sup> y que, no solo eso, además afirma que ella tras

---

<sup>33</sup> Véase en: [http://www.elespanol.com/espana/sociedad/20170225/196480632\\_0.html](http://www.elespanol.com/espana/sociedad/20170225/196480632_0.html)

<sup>34</sup> Véase el reportaje entero en: [http://www.elespanol.com/reportajes/20170210/192731645\\_0.html](http://www.elespanol.com/reportajes/20170210/192731645_0.html)

haber tenido a su primer hijo, ofrecería su vientre a aquellas parejas que lo necesiten para poder alcanzar la maternidad-paternidad sin compensación de algún tipo. En efecto, comparte plenamente la idea de que ésta práctica debería legalizarse de manera altruista y que, en caso de ser así, ella no tendría problema alguno (palabras textuales) en ofrecer su vientre. La única condición que se auto establece es hacerlo cuando no se trate de su primer embarazo (su primer hijo) pero que al haberlo tenido, se vería capaz de ayudar a aquellas personas que lo necesitan gestando en su vientre un hijo ya que afirma que: “una vez disfrutado del primero, no tendría problema de ser madre de alquiler”. Se basa en la idea de que ser madre es aquello más bonito que puede pasarle a una mujer y, por lo tanto, para ella es maravilloso hacerlo por aquellas personas mujeres que no pueden alcanzar la maternidad de manera natural, y aquellos hombres que desean alcanzar la paternidad (bien se trate de una pareja homosexual o heterosexual) aún con más motivo quiere compartir su ayuda para que también puedan lograrlo. Habla de este gesto desde la moralidad de ayudar y compartir, del sentimiento que le genera a ella misma como persona el poder ayudar a otras personas que lo necesitan ya que, a su vez, no quiere recibir ninguna compensación a cambio ya que no está a favor que entre medio de esta práctica haya factor económico alguno y que el objetivo es que aquellas personas que se van a países extranjeros para llevarlo a cabo, no deban hacerlo y puedan conseguirlo en España.

Por último, aclara que solo lo haría cuando estuviera regulado y que no lo haría al margen de la ley porque estaría cometiendo un delito pero, reitera; “si se regulariza entraría en mis planes, por supuesto”.

Con esto, lo que quiero destacar, es que se está despertando un interés por llevar a cabo una regulación respecto de esta materia y que esperemos que en un futuro próximo este problema se haya erradicado y la gestación por sustitución es España ya no suponga una problemática sino un avance más tanto en medicina como social, y pueda ser regulada como lo es a día de hoy la figura de la adopción y el acogimiento por lo que respecta al derecho del disfrute de la prestación por maternidad que ofrece el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Y que en caso de que su regulación no se contemple a favor de que pueda llevarse a cabo esta práctica en territorio español, sino todo lo contrario, y se prohíba legal y expresamente, se acabe con la problemática actual existente. Es decir, que de manera favorable o no, se regule su práctica.

Respecto de la mención que hace VELA SÁNCHEZ sobre qué: “El convenio de gestación por sustitución posibilitará que el hijo nacido pueda conocer su origen biológico”<sup>35</sup>. A mi parecer resulta una postura bastante inteligente e interesante, ya que se trata de naturalizar al máximo esta figura, como una vía que en un futuro (no muy lejano) puedan utilizar muchas parejas para tener hijos, y que pueda ser entendida a la perfección como una forma más de acceso a la maternidad, y que al igual que en los supuestos de adopción, el menor pueda recabar la información que precise para poder averiguar su origen biológico si así lo desea.

Creo considerar que su regulación pondría fin a las problemáticas existentes en la actualidad referentes a la filiación del menor y su inscripción en el Registro Civil, que ya fue en su momento solucionado por la Instrucción de la DGRN, y disiparía las dudas en torno a los problemas que surgen en cuanto al Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (referente a las prestaciones de maternidad en caso de gestación por sustitución). El hecho de considerarse como una figura más de acceso a la maternidad junto a la adopción y al acogimiento, deberían reconocerse de igual manera todos aquellos derechos que de ello surge, como es el permiso retribuido por maternidad.

---

<sup>35</sup> VELA SÁNCHEZ, ANTONIO JOSÉ. (2011). Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España, *Diario La Ley*, nº 7621. Editorial LA LEY. Pág. 15.

# CAPITULO II. LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL

---

## 1. Problemática jurídica actual de los nacidos por gestación por sustitución

En primer lugar cabe destacar que atenderemos a lo dispuesto en la Ley 14/2006, de 26 de mayo (LTRHA) que declara, en su artículo 10, expresamente la nulidad del contrato de gestación subrogada o por sustitución<sup>36</sup>.

En la actualidad los avances médicos ofrecen nuevas opciones en materia de reproducción asistida e investigación, pero también innumerables problemáticas de orden jurídico, psicológico, social, sociológico, económico, etc. que precisan de una regulación que ofrezca soluciones y proteja los intereses de los posibles interesados puesto que éstos procesos cada vez son más frecuentes en consecuencia del aumento de la esterilidad y de la legalización matrimonial de parejas homosexuales<sup>37</sup> que desean acceder a la maternidad o paternidad o incluso el deseo de muchas personas de ser madres (padres) de manera individual. Es de aquí de donde surge el debate sobre la defensa de la regularización del objeto de investigación o, por lo contrario, mantenerse firme contra este tipo de práctica. En efecto, es interesante destacar que la problemática surge ya porque en España no puede llevarse a cabo este tipo de contrataciones amparadas legalmente, ya que se considera ilegal, y en otros países extranjeros es una práctica amparada en la ley considerándose, así, como legal, y lo que se pretende es que nuestro ordenamiento jurídico también lo reconozca, al igual que hacen otros países, y se formalice regulación expresa de ello para poderse llevar a cabo sin tener que acudir a otro país extranjero.

Llegados a este punto, me gustaría hacer mención de que uno de los países donde más se frecuente esta práctica y que, además resulta legal, es en Estados Unidos.

---

<sup>36</sup> En España la primer ley de reproducción asistida fue la Ley 35/1988, de 22 noviembre la cual tenía por objetivo admitir las técnicas de reproducción humana que permitieran superar una posible esterilidad en la pareja, esta ley fue modificada por la Ley 45/2003 de 21 de noviembre y finalmente se aprobó la actual Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA).

<sup>37</sup> Ley 13/2005, de 1 de julio, del Código Civil (BOE núm. 157 de 02 de Julio de 2005) por la que se modifica en materia de derecho a contraer matrimonio. Modificado el artículo 44 del Código Civil donde se establece que: “[...] El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.”

Ahora bien si nos ceñimos a lo que establece la regulación española sobre la materia, cabe resaltar que actualmente en España, los contratos de gestación por sustitución están totalmente prohibidos. En efecto, atenderemos a lo dispuesto en el artículo 10<sup>38</sup> de la LTRHA, donde se recoge la aclaración de que todo contrato por el cual se convenga la gestación por sustitución, con carácter pecuniario o no, en el cual la mujer contratada para llevar el proceso de embarazo a cabo renuncia a la filiación materna favoreciendo a la parte contratante de este servicio será nulo de pleno derecho. Y, además podemos atender, también, a que será nulo según lo establecido en el artículo 1257 del Código Civil<sup>39</sup>, CC de aquí en adelante, debido a la inexistencia o ilicitud de la causa, es decir, esto se produce cuando la causa se opone a la ley o a la moral como es en este caso.

Atendiendo nuevamente al CC en su artículo 1271,<sup>40</sup> se establece que podrán ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aún las futuras. Y tampoco podemos hacer omisión al artículo 1261.2<sup>41</sup> del mismo código, el cual dispone que se precisa de la concurrencia de objeto para que haya contrato, ni al artículo 1255 CC<sup>42</sup> ya que dispone que se podrán establecerse pactos, cláusulas y condiciones siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público. Por lo tanto solo cabe reiterar que será totalmente nula la formalización de la contratación de la gestación por sustitución.

Además, en el artículo 24<sup>43</sup> de la ley LTRHA se establece que; “las infracciones en materia de reproducción humana asistida serán objeto de sanciones de tipo

---

<sup>38</sup> Artículo 10 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Gestación por sustitución; “1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.”

<sup>39</sup> Real Decreto de 24 de Julio de 1889 del Código Civil. (BOE núm. 206 de 25 de Julio de 1889) en su artículo 1257: “Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos; salvo, en cuanto a éstos, el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la ley. Si el contrato contuviere alguna estipulación en favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquélla revocada.”

<sup>40</sup> Artículo 1271 del Código Civil: “Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras.”

<sup>41</sup> Artículo 1261.2 del Código Civil: “No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 2. Objeto cierto que sea materia del contrato.”

<sup>42</sup> Artículo 1255 del Código Civil: “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.”

<sup>43</sup> Artículo 2 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Normas generales. “2. Las infracciones en materia de reproducción humana asistida serán objeto de las sanciones administrativas correspondientes, previa instrucción del oportuno expediente, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales o de otro orden que puedan concurrir.”

administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales o de otro orden que puedan concurrir.”

Siguiendo las líneas de dicha Ley, también se establece que no está permitido en nuestro país el nacimiento de hijos mediante la gestación por sustitución y, además, atendiendo a lo dispuesto en los artículos 220 a 222 del Código Penal (CP)<sup>44</sup>, las sanciones jurídico-penales que van en relación a la suposición del parto y a la alteración de la paternidad, estado o condición del menor. Es, especialmente, en el artículo 221 del CP donde se expone que está considerada como delito aquella conducta de quienes entreguen a un tercero un hijo mediante compensación económica y es por ello que en la actualidad, dicha conducta se verá castigada con pena de prisión de uno a cinco años y la inhabilitación para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a diez años. Serán castigados tanto la persona que lo reciba como el intermediario con indiferencia de que la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero.

En definitiva, se entiende que en el Derecho Español se considera contrario al orden público la maternidad subrogada ya que es considerada una agresión al artículo 1271<sup>45</sup> considerando que el ser humano está fuera del comercio de los hombres y al artículo

---

<sup>44</sup> Ley Orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre, del Código Penal. (BOE núm. 281 de 24 de Noviembre de 1995) en su artículo 220 expone que: De la suposición de parto y de la alteración de la paternidad, estado o condición del menor: “2. La misma pena se impondrá al que ocultare o entregare a terceros un hijo para alterar o modificar su filiación.”

Artículo 221 del Código Penal: “1. Los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concorra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a 10 años. 2. Con la misma pena serán castigados la persona que lo reciba y el intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero.”

Artículo 222 del Código Penal: “El educador, facultativo, autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de su profesión o cargo, realice las conductas descritas en los dos artículos anteriores, incurrirá en la pena en ellos señalada y, además, en la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, de dos a seis años.”

<sup>45</sup> Artículo 1271 del Código Civil: “Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras. Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquéllos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 1056.”

1275 del CC<sup>46</sup> considerando como ilícita aquella causa que se opone a las leyes o a la moral.<sup>47</sup>

Pero será relevante tener consideración de la contradicción que existe entre la prohibición expresa y las sanciones, nombradas con anterioridad, y la Ley sobre el Registro Civil (LRC), de 20/2011, de 21 de julio y el Reglamento del Registro Civil (RRC), de 14 de noviembre de 1958, donde se regula la inscripción de las resoluciones judiciales extranjeras de carácter firme que establecen la filiación del neonato como hijo de los padres subrogados contratantes de este servicio por lo que, finalmente, estas contrataciones alcanzan los efectos jurídicos que no alcanzan legalidad en España.

A continuación entraremos en la problemática existente en España a la hora de llevar a cabo la inscripción del nacido mediante gestación subrogada con la que se encuentran aquellas personas contratantes de esta.

## **2. Problemática en el momento de efectuar la inscripción**

Me resulta de un interés relevante poner en conocimiento que el caso que abrió la puerta y puso de manifiesto la problemática que genera el hecho de que los españoles recurran a la gestación por sustitución en el extranjero es el de un matrimonio homosexual español que acudió a esta práctica en California.<sup>48</sup>

Se conoce que existen mecanismos que permiten directamente la inscripción de los nacidos a través de esta técnica si se cumplen determinados requisitos, y es por ello que se acude a su práctica, como venimos advirtiendo y consideraremos más adelante, ya que en ciertos países ésta es considerada legal, y después se pretende su reconocimiento en España.

---

<sup>46</sup> Artículo 1275 del Código Civil: “Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral.”

<sup>47</sup> Misma mención en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, 826/2011, (Sala de lo Social, Sección 10ª), de 23 de Noviembre de 2011 (Recurso de apelación, nº 949/2011). (Id. Cendoj: 46250370102011100707).

<sup>48</sup> LAMM, ELEONORA. (2013). *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. (Colección Bioética). Barcelona: Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona. Pág. 78.

En efecto, debemos tener consideración de lo establecido en el artículo 108 del CC<sup>49</sup>, la filiación puede tener lugar por naturaleza o por adopción. Se entiende por filiación por naturaleza la que es derivada del parto. Ello se confirma a la vista del art. 139 CC<sup>50</sup>, que permite a la mujer ejercitar la acción de impugnación de su maternidad justificando la suposición del parto o no ser cierta la identidad del hijo.

En efecto, el artículo 10.3 de la LTRHA permite el ejercicio tanto de la acción de reclamación de la paternidad correspondiente al hijo como la de reclamación por parte del padre biológico de la filiación paterna. Las acciones a las que se refiere el precepto referido son las generales de determinación legal de la filiación, reguladas en el artículo 764 de la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>51</sup> (LEC de aquí en adelante) siendo competentes los Tribunales españoles, en virtud de los criterios sobre competencia judicial internacional fijados en el artículo 22. e) de la Ley Orgánica del Poder Judicial<sup>52</sup> (LOPJ de aquí en adelante) donde se recoge el reconocimiento y la ejecución en España de sentencias, resoluciones judiciales, decisiones arbitrales y acuerdos de mediación que hayan sido dictados en país extranjero.

Pero tras lo expuesto también cabe mencionar la trascendental resolución fechada a 18 de febrero del 2009 (RJ 2009,1735) de la Dirección General de los Registros y del Notariado<sup>53</sup> (D.G.R.N de aquí en adelante) que aborda un tema complejo y un supuesto muy particular: el acceso al RC español de una certificación registral californiana en la que consta la filiación de dos menores nacidos en California mediante la técnica de gestación por sustitución.

---

<sup>49</sup> Artículo 108 del Código Civil: “La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí. La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código.”

<sup>50</sup> Artículo 139 del Código Civil: “La mujer podrá ejercitar la acción de impugnación de su maternidad justificando la suposición del parto o no ser cierta la identidad del hijo.”

<sup>51</sup> Ley 1/2000, de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil. (BOE núm. 174, de 22 de Julio de 2015) en su artículo 764 expone que: “Podrá pedirse de los tribunales la determinación legal de la filiación, así como impugnarse ante ellos la filiación legalmente determinada, en los casos previstos en la legislación civil. 2. Los tribunales rechazarán la admisión a trámite de cualquier demanda que pretenda la impugnación de la filiación declarada por sentencia firme, o la determinación de una filiación contradictoria con otra que hubiere sido establecida también por sentencia firme. Si la existencia de dicha sentencia firme se acreditare una vez iniciado el proceso, el tribunal procederá de plano al archivo de éste.”

<sup>52</sup> Ley Orgánica 7/2015, de 21 de Julio, del Poder Judicial. (BOE núm. 7 de 8 de Enero de 2000) en su artículo 22 expone que: “e) Reconocimiento y ejecución en territorio español de sentencias y demás resoluciones judiciales, decisiones arbitrales y acuerdos de mediación dictados en el extranjero.”

<sup>53</sup> La existencia de un Auto denegando la inscripción de un menor nacido mediante ésta práctica, recurre a la Dirección General de Registros y del Notariado (DGRN) que mediante dicha resolución, la de la DGRN de 18 de febrero de 2009 (BOE núm. 60, de 10 de marzo de 2008), estimó el recurso interpuesto por los esposos contra la negativa del encargado del Registro Civil consular español en Los Ángeles.

El caso fue el siguiente. Tras varios intentos fallidos de adopción internacional y bajo la creencia de que por su condición homosexual no se les otorgaría el certificado de idoneidad para adoptar en España, dos españoles, varones, residentes y casados entre sí en España, decidieron trasladarse temporalmente a California para hallar a una mujer dispuesta a actuar como madre subrogada. Es decir, para llevar a cabo la contratación de la gestación por sustitución.

Una vez allí, contrataron (respetando la legislación californiana) a una mujer portadora que gestó a dos niños a partir del material genético masculino de los cónyuges españoles (aunque se desconoce si la pareja lo llevó a cabo de esta manera, la práctica habitual en el caso de parejas homosexuales masculinas es la de mezclar el semen de ambos, siendo muy difícil que aniden al mismo tiempo dos embriones fecundados con el esperma de cada padre). También se desconoce si los óvulos fecundados eran de la madre gestante o fueron donados por otra mujer. El 24 de octubre de 2008 la madre gestante dio a luz a dos niños.

Cabe destacar que con anterioridad al nacimiento, las autoridades judiciales californianas ya habían declarado que los nacidos debían ser considerados como hijos naturales de los varones españoles, y así se hizo constar en el RC californiano y en la certificación registral californiana de nacimiento presentada para su inscripción en el RC consular español. En efecto, cabe tener consideración de que los certificados de nacimiento de los menores no contenían referencia alguna al modo en que fueron gestados, a su filiación materna, ni a cuál de los hombres había aportado el esperma con el que fueron concebidos; la pareja únicamente declaraba su doble paternidad.

Cuando la pareja española fue a instar la inscripción de los certificados de nacimiento ante el RC Consular español en Los Ángeles, se llevó a cabo la denegación de la inscripción por parte del encargado del mismo mediante Auto de 10 de noviembre de 2008 alegando la prohibición de la gestación por sustitución en el Derecho español, amparándose en el artículo 10 de la LTRHA donde se establece la nulidad de pleno derecho de dicho contrato. En consideración a dicha Ley, la mujer que da a luz debe ser considerada como madre legal de los nacidos.

A juicio del Consulado, procedía la inscripción únicamente a favor de uno de los hombres y, en todo caso, con posterioridad podía llevarse a cabo la tramitación de la

adopción por su cónyuge, algo a lo que se negaban la pareja interesada. Según ellos, el proceso de adopción lleva su tiempo y en el intervalo podrían darse situaciones (separación de los cónyuges, muerte del padre inscrito como biológico) que amenazasen la relación del cónyuge que no figurase como padre en el RC con los niños. Un claro ejemplo sería, en caso de fallecimiento del cónyuge inscrito como biológico, los padres de éste (abuelos de los niños) podían negarse a facilitarle las visitas al otro cónyuge, rebajando su protección. Además, rebatían que los niños eran hijos de los dos por igual.

Así pues, los interesados decidieron recurrir la denegación de la inscripción ante la D.G.R.N, permaneciendo mientras tanto en EE.UU con los menores, pendientes de adquirir un permiso de residencia y a la espera de la decisión de la D.G.R.N. Durante este período, los niños gozaban de la nacionalidad norteamericana.

Por su parte, el Ministerio Fiscal no presentó alegaciones cuando le fue notificado el recurso de la pareja.

Finalmente, la D.G.R.N estimó el recurso de la pareja promotora contra el Auto del encargado del RC Consular español y acordó la inscripción del nacimiento y la doble filiación paterna

A continuación se procede a estudiar y a llevar a cabo el conocimiento de los argumentos que tomó la D.G.R.N en dicha resolución.

## **2.1 Argumentación de la D.G.R.N en la resolución del 18 de Febrero de 2009**

### **2.1.1 Los indicios de la generación física**

En primer lugar, se inicia la argumentación partiendo de la existencia de dos vías para llevar a cabo la inscripción en el RC del nacimiento de español en el extranjero: o bien la correspondiente declaración del sujeto, en base a lo establecido en el artículo 168 del RRC<sup>54</sup> o bien la presentación de una certificación registral extranjera en la que conste el

---

<sup>54</sup>Ley 20/2011, de 21 de Julio, del Registro Civil. (BOE núm. 175 de 22 de Julio de 2011) en su artículo 168: “El Encargado, antes de inscribir, exigirá el parte adecuado, y no obteniéndolo o siendo contradictorio a la información del declarante, comprobará el hecho por medio del Médico del Registro Civil o su sustituto, que ratificará o suplirá el parte exigido. [...]”.

nacimiento y la filiación, establecido por el artículo 81 del nombrado anteriormente, RRC<sup>55</sup>, siendo este el caso que nos ocupa.

Ahora bien, con el fin de determinar si el nacimiento y la filiación de los menores deben ser, o no, inscritos en el RC español, la D.G.R.N estudia si los menores nacidos en California ostentan la nacionalidad española. Para ello atiende a lo establecido en el artículo 15 de la LRC, donde dice que para que el nacimiento acceda al RC, éste debe haber tenido lugar en España o que el nacido ostente nacionalidad española. Es obvio que el primer supuesto no acontece ya que los niños nacieron en el Estado de California pero ¿y el segundo supuesto tampoco acontece? Pues bien, ahora debemos tener consideración de lo establecido en el artículo 17.1 en su apartado a) del CC<sup>56</sup> donde se expone que son españoles de origen los nacidos de padre o madre españoles.

### 2.1.2 Defensa del principio del interés superior del menor

Cabe mencionar, también, que esta resolución de la D.G.R.N fue favorable para la inscripción de ambos menores, basando también su criterio estimatorio del recurso interpuesto en artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>57</sup> atendiendo de

---

<sup>55</sup> Artículo 81 de la Ley del Registro Civil: “El documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los Tratados internacionales.”

<sup>56</sup> Comparto la opinión que manifiesta la D.G.R.N en la Resolución de 18 de febrero de 2009, Fundamento Jurídico VI, sobre la precisión del art. 17.1 a) CC introducida por la Ley 18/1990, de 17 de diciembre de 1990, sobre reforma del Código Civil en materia de nacionalidad que dispone que son españoles de origen los nacidos de padre o madre españoles, y no como ocurría antes que se decía que son españoles los hijos de españoles: “Se trata ésta de una precisión legal extraordinariamente importante [...] En efecto, según el criterio *ius sanguinis* acogido en el art. 17.1 a) del Código Civil son españoles los hijos de españoles. Pero ello plantea un “problema circular”. En efecto, cuando no está acreditada la filiación del hijo se podría producir un “círculo vicioso” o situación de “doble espejo”, pues es necesario saber qué “filiación” ostenta el sujeto para determinar si ostenta o no ostenta “nacionalidad española”, mientras que es necesario también saber qué “nacionalidad” ostenta el sujeto para saber cuál es su “filiación” (art. 9.4 CC), es decir, quiénes son sus padres. Pues bien, el art. 17.1 a) CC utiliza la expresión “nacidos” de padre o madre españoles, porque dicha expresión deshace el *circulus inextricabilis* y rompe el “doble espejo”.”

<sup>57</sup> Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño: “1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. 3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.”

manera primordial al interés superior de los menores entendiendo así a asegurar al menor la protección y el cuidado que le sean menester para su bienestar y, también, asegurarán que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan con las normas establecidas por las autoridades competente. Es decir, debe tener en cuenta el derecho que ostentan los menores a tener una identidad única. Esto se refiere al derecho a disponer de una filiación única válida en varios países y no de tener una filiación en un país y otra en otro país distinto. En efecto del mismo artículo 3, se entiende que no únicamente se trata de tener en cuenta el derecho a la identidad única de los ciudadanos comunitarios, sino que también se destaca este derecho referido a los menores que es lo que encaja de manera considerable con el interés superior del menor expuesto en este artículo.<sup>58</sup> Además me gustaría, tener consideración del argumento que expone la Audiencia Provincial de Valencia en su sentencia de 23 de Noviembre de 2011<sup>59</sup>, nombrada con anterioridad, donde se afirma, atendiendo al principio del interés superior del menor, que “[...] Es cierto que toda resolución que afecte a los menores de edad debe tener como guía el principio del interés del menor, tanto por aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959, que proclama este principio en su artículo 3, como por aplicación del artículo 39 de la CE o de las disposiciones de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, así como de las normas concordantes del Código Civil, pero la satisfacción de dicho interés no puede conseguirse infringiendo la ley, máxime cuando la propia ley española ofrece cauces para la inscripción de la

---

<sup>58</sup> Destacado en jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. STJUE 2 octubre 2003, caso García Avello (G. A), donde nos encontramos con un matrimonio entre español y belga, con hijos nacidos en Bélgica y con doble nacionalidad belga y española. Los niños son inscritos con los apellidos paterno y materno en el registro consular español conforme al Derecho de España. Sin embargo, por otro lado, el Registro Civil belga realizó la inscripción de los apellidos con el patronímico del padre, según la ley belga, y se negó a respetar los apellidos consagrados según el Derecho español. El Gobierno belga mantuvo la denegación de tal cambio al considerar que la nacionalidad efectiva del niño era la belga y, en la medida en que la ley aplicable en Bélgica es la ley nacional, los niños debían llevar el apellido del padre conforme determina la legislación material belga relativa a la determinación del nombre, y STJUE 14 octubre 2008, caso Grunkin-Paul (G. -P), donde un matrimonio alemán y residente en Dinamarca tiene un hijo, el cual es de nacionalidad alemana pero residente junto con sus padres en Dinamarca. El niño es inscrito en el Registro danés con el apellido Grunkin-Paul conforme a la legislación vigente en este país. Sin embargo, el Registro civil alemán se negó a reconocer el apellido del niño tal y como había sido determinado en Dinamarca, ya que según la legislación alemana el apellido de una persona se rige por la ley nacional que, en el caso, era la alemana, la cual impide llevar apellidos dobles. Respuesta que se reiteró por los distintos órganos que conocieron de los recursos que presentaron los padres.

<sup>59</sup> Tras el fallo de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia Nº 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010, los interesados interpusieron recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Valencia que, con fecha de 23 de noviembre de 2011, que ratificó la decisión acordada por el Juzgado de Primera Instancia, de dejar sin efecto la inscripción realizada en el Registro Civil consular de Los Ángeles de la filiación surgida en EE.UU mediante gestación por sustitución.

filiación de los menores a favor de los demandados (artículo 10 LTRHA y artículo 175 y siguientes del CC)”<sup>60</sup>. En estas líneas, para la Audiencia Provincial, y siguiendo la línea del Juzgado de Primera Instancia, el ordenamiento jurídico español tiene medios e instrumentos suficientes para conseguir que la filiación conste a nombre de la pareja de varones, en este caso. En ningún caso, la consecución de la inscripción de los menores puede legitimar actuaciones contrarias al propio ordenamiento jurídico, sino que el resultado debe conseguirse a través de las vías que el Derecho español establece.

No puede hacerse caso omiso a lo que prevé la ley española, en los apartados 2 y 3 del artículo 10 LTRHA, que hacen referencia a los mecanismos jurídicos para determinar la filiación de un menor nacido como consecuencia de gestación por sustitución. En consecuencia, la no aceptación del cumplimiento de estas medidas supondría una vulneración del principio de legalidad.

No obstante, resulta interesante mencionar la opinión que comparte la Audiencia Provincial sobre la defensa del principio del interés superior del menor, pues, a mi parecer, pone de manifiesto que dicho principio no tiene una única interpretación, como pretenden hacer creer tanto la Resolución de 18 de febrero de 2009, mencionada en líneas anteriores, como los recurrentes. Según la Audiencia “también podría defenderse que la prohibición de la gestación por sustitución persigue la defensa del interés de los menores que pretende impedir que la vida humana sea objeto del comercio. La misma consideración puede hacerse respecto del respeto a la vida privada y familiar, reconocido en el artículo 8 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950. No existe prueba alguna que acredite la afirmación de los recurrentes de que en el caso de que su pretensión no fuera estimada, el destino de los menores sería “ir a un orfanato o ser devueltos a los Estados Unidos donde también sufrirían un destino similar”<sup>61</sup>

VELA SÁNCHEZ, también comparte opinión sobre el interés superior del menor, haciendo referencia a él como criterio para la inscripción de la filiación derivada de un convenio de gestación por sustitución donde hace mención a preceptos que ya se han

---

<sup>60</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, 826/2011, (Sala de lo Social, Sección 10ª), de 23 de Noviembre de 2011 (Recurso de apelación, nº 949/2011) (Id. Cendoj: 46250370102011100707). Fundamento jurídico V.

<sup>61</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, 826/2011, (Sala de lo Social, Sección 10ª), de 23 de Noviembre de 2011 (Recurso de apelación, nº 949/2011) ( Id. Cendoj: 46250370102011100707). Fundamento Jurídico V.

mencionado con anterioridad como el artículo 17.1 CC, donde a la vez se apoya en la Resolución de la D.G.R.N de 18 de febrero de 2009 y además cita otras resoluciones de la misma D.G.R.N<sup>62</sup> y la nombrada Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia del Juzgado de Primera Instancia, dirigiéndose a ella de manera favorable respecto de su conclusión. Pero en efecto, debemos tener consideración las resoluciones de 12 y 22 de Diciembre de 2011<sup>63</sup> en las que se confirman que no es lícito inscribir en el Registro español el nacimiento en el extranjero de un menor mediante gestación por sustitución cuando existe resolución judicial extranjera dictada por el órgano jurisdiccional competente en la que se determina la filiación jurídica del nacido respecto del solicitante/s, se hace constar que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y se recoge el libre consentimiento y la renuncia expresa de la madre gestante, de acuerdo con lo establecido en la Instrucción de 5 de octubre de

---

<sup>62</sup> Mención de VELA SÁNCHEZ. ANTONIO. La Resolución de la D.G.R.N de 3 de mayo de 2011 indica que el “hecho de que en la propia resolución (judicial) se declare la custodia inmediata, total, conjunta, exclusiva, legal y física permanente de los padres intencionales, desde el momento del nacimiento de la menor, aseguran que ésta recibirá la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, de acuerdo a lo exigido por el art. 3 de la Convención de 20 de noviembre de 1989 sobre los derechos del niño. Asimismo, la ruptura absoluta del vínculo de la menor con la madre gestante, quien en adelante no ostentará la patria potestad ni los derechos financieros o similares con respecto al menor o del menor, garantizan el derecho de los menores a disponer de una filiación única, válida para todos los países...”. En este mismo sentido, la Resolución de la D.G.R.N de 6 de mayo de 2011 se refiere a que, según resolución judicial extranjera, los padres intencionales ostenten “todos los derechos legales sobre dicho niño” y que éste “tendrá derecho a todos los beneficios que según la ley le correspondan como hijo legal”; y respecto de la madre gestante y su marido, que “no tendrán ningún derecho, obligación o responsabilidad” sobre el niño, y que “cualquier derecho que pudieran tener sobre él queda por la presente resolución revocado”. La Resolución D.G.R.N de 9 de junio de 2011 que se refiere a que en la propia resolución judicial extranjera se declare “padre genético y natural y único tutor legal” al padre intencional, que se lo otorgue “de forma inmediata, completa, exclusiva y permanente la patria potestad y la guarda y custodia de ambas menores y de cada una de ellas por separado” y que “tomará posesión de la guarda y custodia de sus hijas inmediatamente después de sus respectivos nacimientos” —“custodia legal y física”. Y la Resolución D.G.R.N de 23 de septiembre de 2011—; y respecto de la madre gestante, que se establezca que en adelante no ostentará la patria potestad ni la “responsabilidad económica” en relación con los menores.

<sup>63</sup> Resolución de 12 de Diciembre de 2011. Boletín del Ministerio de Justicia. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (Registro Civil). Págs. 13-16 Puede encontrarse en: <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292349003590?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content->

[Disposition&blobheadername2=ResolucionDGRN&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DResoluciones de la Direccion General de los Registros y del Notariado. Registro Civil. Diciembre d e.PDF&blobheadervalue2=1288776772140](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292349003590?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=ResolucionDGRN&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DResoluciones+de+la+Direccion+General+de+los+Registros+y+del+Notariado.+Registro+Civil.+Diciembre+d+e.PDF&blobheadervalue2=1288776772140)

Resolución de 22 de Diciembre de 2011. Boletín del Ministerio de Justicia. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (Registro Civil). Págs. 9-12 Puede encontrarse en: <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292349003590?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content->

[Disposition&blobheadername2=ResolucionDGRN&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DResoluciones de la Direccion General de los Registros y del Notariado. Registro Civil. Diciembre d e.PDF&blobheadervalue2=1288776772140](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292349003590?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=ResolucionDGRN&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DResoluciones+de+la+Direccion+General+de+los+Registros+y+del+Notariado.+Registro+Civil.+Diciembre+d+e.PDF&blobheadervalue2=1288776772140)

2010.<sup>64</sup> Pero en este sentido, la nombrada con anterioridad Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valencia, concluía que “el fin no justifica los medios, el ordenamiento jurídico español tiene medios e instrumentos suficientes para conseguir esa concordancia y que los hijos consten a nombre de sus (padres)..., pero la consecución de ese fin no legitima actuaciones contrarias a ese propio ordenamiento jurídico, sino que el resultado debe conseguirse a través de las vías que el derecho español establece”.

También, mantiene que el interés superior del menor no puede servir de coartada para mantener la virtualidad de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, porque la pretendida vulneración de dicho interés superior tendría variados procedimientos para su adecuada composición, como, en su caso, la vuelta del menor con su madre biológica o el acogimiento y la adopción realizadas de forma legal.<sup>65</sup>

### 2.1.3 Una cuestión de validez extraterritorial

No obstante, para la D.G.R.N, el precepto no exige que haya quedado determinada legalmente la filiación, lo cual implicaría recurrir al artículo 9.4 CC<sup>66</sup>, donde se expone que la determinación y el carácter de la filiación por naturaleza se regirán por la Ley de la residencia de carácter habitual del hijo en el momento de llevar a cabo el establecimiento de la filiación. En efecto, dispone que en caso de que no existiera residencia habitual del menor o en caso de que la ley no permitiera el establecimiento de la filiación, será de aplicación la ley nacional del hijo en ese momento, pero si aún así el

---

<sup>64</sup> 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. Se aprobó con la finalidad de dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor en el caso de la gestación por sustitución.

<sup>65</sup> VELA SÁNCHEZ, ANTONIO JOSÉ. (2011). La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler. *Diario la Ley: Cuestiones que suscita la Instrucción de la DGRN de 5 de Octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución*, núm. 7608. Pág. 3.

<sup>66</sup> Artículo 9.4 del Código Civil: “4. La determinación y el carácter de la filiación por naturaleza se regirán por la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación. A falta de residencia habitual del hijo, o si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación, se aplicará la ley nacional del hijo en ese momento. Si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación o si el hijo careciere de residencia habitual y de nacionalidad, se aplicará la ley sustantiva española. En lo relativo al establecimiento de la filiación por adopción, se estará a lo dispuesto en el apartado 5. La ley aplicable al contenido de la filiación, por naturaleza o por adopción, y al ejercicio de la responsabilidad parental, se determinará con arreglo al Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños.” Número 4 del artículo 9 redactado por el apartado uno del artículo segundo de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia («B.O.E.» 29 julio). *Vigencia: 18 agosto 2015*.

hijo careciera de residencia habitual y de nacionalidad se le aplicará la ley sustantiva española. Y según lo que acontece el apartado quinto de este mismo artículo, la adopción internacional, que es la situación de filiación que más se asemeja a la contraída mediante gestación por sustitución, se regirá por las normas contenidas en la Ley de Adopción Internacional<sup>67</sup>.

Además, atiende que basta con que quede acreditado el hecho físico de la generación. En efecto, para considerar nacido de español a una criatura, basta con que consten indicios racionales de su generación física por progenitor español, lo cual puede asegurarse, según la D.G.R.N, por posesión de estado o por inscripción en el RC.

En este caso que nos ocupa, los niños fueron gestados a partir del material genético de ambos cónyuges y se encuentran bajo custodia de éstos, luego para la D.G.R.N, no cabe duda de que son hijos de español y por ende, que ostentan la nacionalidad española. Así pues se entiende que su acceso al RC español<sup>68</sup> procede atendiendo a lo establecido en el artículo 15 de la LRC.

A mí juicio, y en acuerdo con la conclusión de VELA SÁNCHEZ, existe una necesidad legítima de incorporar en nuestro ordenamiento jurídico el convenio de gestación por sustitución, ya que esto no implica que se deban consentir soluciones reglamentarias o judiciales que vulneren la ley imperativa española, teniendo en consideración los destacados artículos 14 CE y 10 LTRHA. Y es que, mientras que no exista dicha regulación en nuestro ordenamiento jurídico, la (única) solución que puede conocerse y que es aportada por VELA es que, únicamente cuando uno de los solicitantes sea portador de material genético, se pueda llevar a cabo de manera efectiva la inscripción del menor con la determinación de la filiación del verdadero progenitor biológico y como madre la mujer gestante, y que con posterioridad se lleve a cabo la adopción del hijo inscrito. Pero, bajo mi criterio cabe reconocer que podría ponerse en tela de juicio el “hecho físico de la generación” que, aunque el Derecho español permita la filiación a favor de dos varones en caso de adopción debe existir la consideración de la imposibilidad física de que un menor sea hijo de biológico de dos padres, aunque a mi parecer , en los casos en los que los comitentes de la gestación por sustitución son los

---

<sup>67</sup> Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional. (BOE núm. 312 de 29 de Diciembre de 2007).

<sup>68</sup> Resolución de la D.G.R.N de 18 de febrero de 2009, Fundamento Jurídico VI.

portadores de material genético y, por lo tanto, crean existencia del solemne principio español *ius sanguinis*, éste se considerará, bajo efectos del artículo 17.1 del CC, Español de origen al ser descendiente de otro español (por derecho de sangre).

Por el contrario, si se diera el caso de que la pareja comitente no es la portadora del material genético sí que existirían, en mi opinión, dudas sobre lo que el artículo nombrado anteriormente expone ya que el “hecho físico de la generación” en caso de madre-padre soltero o pareja homosexual quedaría en el aire o configuraría una situación dudosa y, tampoco podría reconocerse el principio *ius sanguinis* porque realmente no existe vínculo genético entre la persona comitente y el nacido. Por lo tanto, en este sentido y a mi juicio, reitero, no podría considerarse ni ser nacido de español, ni hijo de español y, en efecto, descendiente de otro español lo cual no daría lugar a efectos de inscripción en nuestro ordenamiento jurídico y es por ello que el único cauce legal procedente sería la institución jurídica de la adopción mencionada en los artículos 175 y ss del CC<sup>69</sup>.

En efecto a todo lo establecido en las líneas anteriores cabe dar lugar a la recapitación de que lo que acontece realmente cuando hablamos de llevar a cabo la filiación de un menor nacido mediante esta práctica ilícita en territorio español es precisar si esta filiación, que con anterioridad ya ha sido determinada en virtud de certificación registral extranjera, puede acceder al RC español.

Además, creo que debe tenerse consideración de que lo que no surge efectos es la duda que existe ante la posibilidad de que un menor cambie de filiación cada vez que cruce la frontera ya que vulnera, reiterando, el artículo 3 de la Convención sobre los derechos del niño o la de permitir la inscripción en nuestro RC determinada en virtud de la certificación del país del cual procede el nacimiento del menor. Considero, en atención al interés superior del menor, que es preferible y surge efectos el procedimiento de dicha inscripción del menor en el RC español ante la posibilidad de que pueda quedarse sin filiación específica pero siempre habrá que atender a las condiciones de las cuales procede.

---

<sup>69</sup> Artículo 175 y ss del Código Civil sobre la adopción.

Seguimos bajo este criterio al ya nombrado autor VELA SÁNCHEZ<sup>70</sup>, quien añade la importancia del artículo 39 CE diciendo que: “en nuestro Derecho interno, la Constitución de 1978 no sólo garantiza, junto a otros bienes y valores -la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad-, la protección integral de los hijos y obliga a los padres a prestarles asistencia de todo orden (artículo 39.2 y 3 CE), sino que afirma que “los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos” ( art. 39.4 CE), lo que ha obligado a trasladar estos mandatos constitucionales y los de los Convenios internacionales a leyes ordinarias en varios ámbitos jurídicos” . Es por ello que el artículo 39 de la CE cobra relevante importancia respecto el tema en cuestión ya que es donde queda establecido en su apartado primero que los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de familia, y en su apartado segundo asegurando por parte de los mismos poderes públicos la protección integral de los hijos siendo éstos iguales ante la ley independientemente de su filiación.

## **2.2 La Sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de febrero de 2014**

La STS de 6 de febrero de 2014, confirmaba la doctrina de que no podía inscribirse la filiación de los nacidos mediante convenio de gestación por sustitución, válidamente celebrado por españoles en país extranjero, primero, por aplicación de la normativa española que prohíbe dicho contrato (en atención a lo dispuesto en el artículo 10 de la LTRHA) y segundo, porque tal convenio sería contrario al orden público internacional español, pues vulneraría la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizaría la gestación y filiación y permitiría explotar a mujeres pobres, sin que pudiera alegarse aquí el principio cardinal del interés superior del menor, que no permite al Juez desvincularse del sistema de fuentes al que está sujeto a tenor del artículo 117 de la CE<sup>71</sup>.

---

<sup>70</sup> VELA SÁNCHEZ, ANTONIO JOSÉ. (2013). El interés superior del menor como fundamento de la inscripción de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo: *Diario La Ley*, núm. 8162. Sección Doctrina. Pág. 18.

<sup>71</sup> VELA SÁNCHEZ, ANTONIO JOSÉ. (2014). Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución “pueden” ser inscritos en el registro civil español. A propósito de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014: *Diario La Ley*. Núm. 8415. Sección Tribuna. Pág. 7

## La Sentencia hace referencia a los siguientes hechos

En primer lugar cabe tener consideración que en fecha del 6 de febrero de 2014, el Tribunal Supremo de España (TS) se pronunció, por primera vez, en un caso de gestación por sustitución internacional; la situación sometida a decisión arrastra una larga historia (casi seis años) que involucra los derechos de dos niños y de un matrimonio conformado por dos personas de sexo masculino.

En una votación reñida (5 votos contra 4) la sentencia confirmó lo decidido (cancelar la inscripción de nacimiento) y, consecuentemente, dejó a estos dos niños sin la nacionalidad española y sin los beneficios que devienen de su titularidad.<sup>72</sup>

De no proceder la inscripción de los niños nacidos por gestación por sustitución internacional tendrán consecuencias como; noventa días después de volver a casa, pasarán a ser inmigrantes sin papeles en su propio país. Su exención de visado como ciudadanos americanos expirará y sus padres no podrán conseguir un permiso de residencia para sus hijos, porque esa figura no existe.

A los fines de dar una solución, afirma, en consonancia con las sentencias anteriores, que el propio artículo 10 de la LTRHA en su párrafo tercero, permite la reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, por lo que, si alguno de los recurrentes lo fuera, podría determinarse la filiación paterna respecto del mismo. Asimismo, figuras jurídicas como el acogimiento familiar o la adopción permiten la formalización jurídica de la integración real de los niños en tal núcleo familiar.

En efecto, el Tribunal rechaza la alegación de discriminación, pues la causa de la denegación de la inscripción de la filiación no es que ambos solicitantes sean varones, sino que la filiación pretendida trae causa de una gestación por sustitución contratada por ellos en California.

El juez de primera instancia estimó el recurso del fiscal en una sentencia dictada el 15 de septiembre de 2010. Argumentó que la certificación extranjera no podía ser inscrita porque la LRC permite hacerlo siempre que “no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la ley española”.

---

<sup>72</sup> LAMM, ELEONORA. (2014). Gestación por sustitución. La importancia de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su impacto. *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 2, núm.35-50. Ediciones Universidad de Salamanca. Pág. 44.

El mismo juez estableció que, no se cumplía ni lo uno ni lo otro: el hecho inscrito “no es real ni puede serlo a efectos materiales, pues biológicamente resulta imposible” y “no existe duda de que la Ley 14/2006, de Técnicas de Reproducción Asistida es una ley española” y en ella se prohíbe la gestación por sustitución.

Por último, la sentencia, con base en la obligación de los poderes públicos de atender al interés del menor, declara que debe permitirse la integración del niño en su familia, y ante la falta de datos en el procedimiento sobre la situación familiar de estos menores, insta al Ministerio Fiscal, al que corresponde velar por la protección del menor, que inicie las acciones pertinentes para determinar la correcta filiación de los menores y su protección dentro de su propio núcleo familiar a través de figuras como el acogimiento familiar o la adopción.

No obstante las fundadas críticas a la decisión del TS, la injusticia de esta sentencia no se limitó al caso, sino que la consecuencia inmediata fue paralizar las inscripciones que se venían realizando de los niños nacidos por gestación por sustitución en el extranjero, de conformidad con la instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, dejando a muchos recién nacidos en un limbo legal.<sup>73</sup>

Pocos meses después de la decisión del TS, se pronuncia el TEDH con la sentencia del TEDH, del 26 de junio de 2014<sup>74</sup>, echando por tierra la pretendida defensa del interés superior del niño que argumentaba el TS, y que marcará un antes y un después en base a lo relacionado con la gestación subrogada. El TEDH viene a precisar qué debe

---

<sup>73</sup> LAMM, ELEONORA. (2014). Gestación por sustitución. La importancia de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su impacto. *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 2, núm. 35-50. Ediciones Universidad de Salamanca. Pág. 45.

<sup>74</sup> El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos ha dictado una sentencia de fecha 26 de junio de 2014, en los asuntos 65192/11 (Mennesson c/ Francia) y 65941/11 (Labassee c/Francia), por la que declara que viola el art. 8 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos no reconocer la relación de filiación entre los niños nacidos mediante vientre de alquiler y los progenitores que han acudido a este método reproductivo. Los recurrentes son dos matrimonios franceses que contrataron en los Estados Unidos sendas gestaciones por sustitución, por implantación de embriones en el útero de otras mujeres. De dichas gestaciones nacieron, en un caso, dos niñas gemelas y en el otro una niña. De acuerdo con sentencias dictadas en los estados de California y de Minnesota, cada una de las parejas son los padres de las respectivas niñas. El Tribunal Supremo francés (*Court de Cassation*) denegó las respectivas solicitudes de inscripción de filiación o de reconocimiento de sentencias solicitadas por los recurrentes, bajo el criterio de que la gestación por sustitución (*gestation pour autri*) incurre en una nulidad de orden público según el artículo 16-9 del Código Civil francés. Los recurrentes invocaron el art. 8 del Convenio del Convenio Europeo (respeto a la vida privada y familiar), por el perjuicio que para el interés superior del menor se deriva del hecho de no poder obtener en Francia el reconocimiento de una filiación legalmente reconocida en el extranjero.

entenderse por interés superior del niño en los casos de gestación por sustitución, estableciéndolo como criterio imperante en toda decisión.

El TEDH declaró, por unanimidad, que Francia ha violado el art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos que regula el respeto por el derecho a la vida privada respecto de las niñas nacidas por gestación por sustitución en el extranjero, diciendo así: “En efecto, por un lado no hay ninguna duda de que los cónyuges actores se han ocupado como padres de los niños desde el nacimiento de estos, viviendo juntos de un modo que no se diferencia en nada de la “vida familiar” en su acepción habitual.”

Por lo que se refiere a la vida familiar de los recurrentes, el Tribunal observa que esta se ve necesariamente afectada por la falta de reconocimiento por el derecho francés de la relación de filiación entre los hijos y los esposos que contrataron la gestación en el extranjero. Pero constata, sin embargo, que los recurrentes no pretenden que los obstáculos con los cuales se han encontrado fuesen insuperables ni que se hayan visto impedidos de disfrutar en Francia del derecho al respeto de su vida familiar. Se ha acreditado, en efecto, que padres e hijo se han podido establecer juntos en Francia poco después del nacimiento del hijo, que viven juntos en una situación globalmente comparable a aquella en las que viven otras familias y que no se ha estimado que exista el riesgo de que las autoridades decidan separarles con motivo de su situación respecto del derecho francés. Además, como consecuencia de un examen del caso concreto, los jueces franceses han estimado que las dificultades prácticas con las que se han encontrado los recurrentes no han excedido los límites que impone el respeto a la vida familiar. En consecuencia, se aprecia que se ha alcanzado un justo equilibrio entre los intereses de los recurrentes y los del Estado por lo que se refiere a su derecho al respeto a la vida familiar.

Sin embargo, por lo que se refiere al respeto de la vida privada de los niños así nacidos, el Tribunal aprecia que estos se encuentran en una situación de incertidumbre jurídica: sin ignorar que los niños han sido identificados en el extranjero como hijos de los recurrentes, Francia les niega, sin embargo, esta consideración en su ordenamiento jurídico. El Tribunal considera que tal contradicción atenta al reconocimiento de su identidad en el seno de la sociedad francesa. Por añadidura, a pesar de que su padre biológico sea francés, los niños se ven abocados a una inquietante incertidumbre en cuanto a la posibilidad de ver reconocida su nacionalidad francesa, una indeterminación

susceptible de afectar negativamente la definición de su propia identidad. El Tribunal aprecia, además, que estos niños no pueden heredar de los esposos recurrentes sino en tanto que legatarios de los mismos, de forma que los derechos sucesorios se calculan de forma menos favorable, evidenciando así otro elemento de la identidad filial de los que se encuentran privados.

De esta manera, los efectos que conlleva el no reconocimiento en el derecho francés de la relación de filiación entre los niños nacidos por gestación por sustitución en el extranjero y las parejas que han acudido a este método no se limitan a la situación de estos últimos: afectan también a la de los propios niños, cuyo derecho al respeto a la vida privada, que implica que cada uno pueda establecer la sustancia de su identidad, incluida su filiación, se encuentra significativamente afectada. Con ello se plantea una grave cuestión de compatibilidad entre esta situación y el interés superior de los niños, cuyo respeto ha de guiar cualquier decisión que les afecte.

En consideración a la importancia de la filiación biológica como elemento de la identidad de todo individuo, no cabe pretender que sea conforme con el interés superior del niño el privarle de un vínculo jurídico de esta naturaleza cuando la realidad biológica de dicho vínculo ha sido establecida y el niño y el padre afectados reivindican su pleno reconocimiento. Sin embargo, en el caso enjuiciado, no solo no ha sido admitida la relación entre los gemelos y sus padre biológico con motivo de la solicitud de transcripción de sus respectivas actas de nacimiento, sino que incluso su reconocimiento por vía de una demanda de paternidad o de adopción o por efecto de la posesión de estado, tropezaría con la jurisprudencia prohibitiva establecida al respecto por el Tribunal Supremo.

Obstaculizando de esta manera tanto el reconocimiento como el establecimiento de su vínculo de filiación respecto de su padre biológico, el Estado francés ha ido más allá de lo que le permitía su margen discrecional, por lo que el Tribunal concluye que se ha ignorado el derecho de los niños al respeto a su vida privada, violando el artículo 8 del Tratado.

El Tribunal condena a Francia a satisfacer a cada uno de los niños afectados en el caso 5.000 euros por daños morales.

En efecto a lo expuesto, tenemos consideración al punto de vista que proporciona ELEONORA LAMM<sup>75</sup>, la cual se permite aportar una solución diciendo textualmente lo siguiente; “La solución más conveniente e igualitaria y lo mejor para el niño es que desde su nacimiento tenga su filiación legalmente reconocida sobre la base de la voluntad procreacional respecto de ambos comitentes o del comitente, sin supeditarla a la comprobación de ningún vínculo genético y sin hacer distinciones según este haya sido o no aportado. Incluso aunque pudiera exigirse que al menos uno de los comitentes aporte su material genético, ello solo debiera ser a los efectos de acceder a la gestación por sustitución, no a los efectos de establecer la filiación.” Posible solución con la que me encuentro muy conforme porque la eficacia de la filiación a la que ostentamos derecho todos los ciudadanos no tiene que verse enjuiciada teniendo consideración de vínculo genético o según la procreación cometida. No debemos olvidar que la filiación es un derecho subjetivo fundamental de la persona que no fue creada para tener consideración de cómo hemos llegado al mundo o para conocer cuáles son nuestros vínculos genéticos. La filiación no debería de entenderse de genética.

En efecto, será a raíz del impacto de las sentencias del TEDH cuando algunos de los pronunciamientos que hacen referencia al hecho en cuestión, se inclinaran ampliando su criterio respecto de la gestación por sustitución.

Hasta aquí puede entenderse lo fundamental que resulta el derecho a la vida privada y familiar de los niños nacidos mediante la práctica de la gestación por sustitución y es por ello que se dispone que la falta de filiación de un menor nacido en un país extranjero mediante esta práctica, se considera una vulneración a este derecho comprendido en el CEDH.

### **2.3 La STEDH de 26 de junio de 2014**

Prestaremos atención, además, a la posición que tomó del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)<sup>76</sup>, teniendo consciencia de que este Tribunal ha distinguido entre la vulneración de los derechos de los padres solicitantes y los de los hijos nacidos del convenio de gestación por sustitución.

---

<sup>75</sup> LAMM, ELEONORA. (2014). Gestación por sustitución. La importancia de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su impacto. *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 2, núm. 35-50. Ediciones Universidad de Salamanca. Pág. 47.

<sup>76</sup> VELA SÁNCHEZ, ANTONIO JOSÉ. (2015). Erre que erre: el Tribunal Supremo niega la inscripción de la filiación de los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución. *Diario La Ley*, núm. 8600, Sección Tribuna. Pág. 2.

En este punto, tomamos consideración a la Sentencia de 26 de junio de 2014 —asunto 65192/11 (Mennesson c. Francia)<sup>77</sup> y asunto 65941/11 (Labassee c. Francia)—, donde este mismo Tribunal declaró que viola el artículo 8 del CEDH<sup>78</sup>, de 4 de noviembre de 1950<sup>79</sup>, no reconocer la relación de filiación entre los niños nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución y los progenitores que han acudido a este método reproductivo en un país cuya legislación, aplicable al caso según las normas de conflicto francesas, admite la legalidad de tal filiación declarada mediante sentencia judicial.

Frente a dichas Sentencias del TEDH una circular de la DGRN de 11 de julio de 2014<sup>80</sup> concluye que en “el estado legislativo y jurisprudencial actual, la Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución está plenamente vigente, por lo que debe seguir siendo aplicada por los Registros Civiles españoles a fin de determinar la inscribibilidad del nacimiento y filiación en los casos que entran en su ámbito de aplicación, sin que la STS de 6 de febrero de 2014 constituya un obstáculo legal para ello”, y todo ello “con independencia de las modificaciones de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, que puedan tramitarse en la materia a fin de dotarla de mayor seguridad jurídica”.<sup>81</sup>

---

<sup>77</sup> Debemos tener en cuenta que Francia es uno de los países donde la gestación por sustitución se tiene como una práctica prohibida legalmente.

<sup>78</sup> LAMM, ELEONORA. (2013). Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres. (Colección Bioética). Barcelona. Edicions de la Universitat de Barcelona. Pág. 122. *Sylvie MENNESSON and other vs France* (No. 65192/11) introducida el 6 de octubre de 2011 y *Francis LABASSEE and others vs France* (No. 65941/11), introducida el 6 de octubre de 2011.

<sup>79</sup> Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, de 4 de Noviembre de 1950, (CEDH). (BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979) en su artículo 8 establece que: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.”

<sup>80</sup> VELA SÁNCHEZ, ANTONIO JOSÉ. (2014). Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución “pueden” ser inscritos en el registro civil español. A propósito de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014: *Diario La Ley*, núm. 8415. Sección Tribuna. Pág. 2. Sobre la Circular de la DGRN de 11 de julio de 2014, la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 (BOE 7 de octubre de 2010), donde se establece que la Instrucción permite la inscripción en el Registro Civil de los hijos nacidos mediante convenio gestacional en los países cuya normativa la permita, siempre que al menos uno de los progenitores sea español y así derive de resolución judicial firme.

<sup>81</sup> VELA SÁNCHEZ, ANTONIO JOSÉ. (2014). Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución “pueden” ser inscritos en el registro civil español. A propósito de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014: *Diario La Ley*, núm. 8415. Sección Tribuna. Pág. 4.

## La Sentencia hace referencia a los siguientes hechos

Los recurrentes son dos matrimonios franceses que contrataron en los Estados Unidos sendas gestaciones por sustitución, por implantación de embriones en el útero de otras mujeres. De dichas gestaciones nacieron, en un caso, dos niñas gemelas y en el otro una niña.<sup>82</sup>

De acuerdo con sentencias dictadas en los estados de California y de Minnesota, cada una de las parejas son los padres de las respectivas niñas.

El Tribunal Supremo francés (*Court de Cassation*) denegó las respectivas solicitudes de inscripción de filiación o de reconocimiento de sentencias solicitadas por los recurrentes, bajo el criterio de que la gestación por sustitución (*gestation pour autri*) incurre en una nulidad de orden público según el artículo 16-9 del Código Civil francés.

Los recurrentes invocaron el artículo 8 del CEDH, en referencia a la vida privada y familiar, por el perjuicio que para el interés superior del menor se deriva del hecho de no poder obtener en Francia el reconocimiento de una filiación legalmente reconocida en el extranjero.

La sentencia del TEDH, señala que el artículo 8 es aplicable tanto en lo que se refiere a la “vida familiar” como a la “vida privada”. En efecto, por un lado no hay ninguna duda de que los cónyuges actores se han ocupado como padres de los niños desde el nacimiento de estos, viviendo juntos de un modo que no se diferencia en nada de la “vida familiar” en su concepto habitual.

Por otra parte, el Tribunal recuerda que el derecho a la propia identidad forma parte integral de la noción de vida privada y que hay una relación directa entre la vida privada de los niños nacidos de una gestación por sustitución y la determinación jurídica de su filiación.

El Tribunal constata que la injerencia en el derecho al respeto a la vida privada y familiar de los recurrentes que constituye la negativa de las autoridades francesas a reconocer la relación de filiación, está “prevista por la ley” en el sentido del artículo 8.

---

<sup>82</sup> Disponible en: <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/3900-el-tedh-declara-contraria-al-convenio-europeo-de-los-derechos-humanos-la-negativa-a-reconocer-la-filiacion-a-los-hijos-nacidos-de-vientre-de-alquiler/>

Además, admite que la injerencia litigiosa afecta a dos de los objetivos legítimos enunciados por el artículo 8: la “protección de la salud” y la “protección de los derechos y libertades de los demás”. La misma muestra que el rechazo de Francia a reconocer el vínculo de filiación entre los niños nacidos de una gestación por sustitución en el extranjero y las parejas que han recurrido a este método procede de la voluntad de desanimar a sus nacionales a recurrir fuera de Francia a un método de procreación que prohíbe en su territorio con el objetivo, según su percepción del problema, de preservar a los niños y a la madre portadora.

El Tribunal examina a continuación si esta injerencia es “necesaria” “en una sociedad democrática”. En este sentido subraya que, consideradas las delicadas cuestiones éticas que se suscitan sobre este tema y la falta de consenso sobre el mismo en Europa, los Estados deben disponer de un amplio margen de apreciación en sus opciones relativas a la gestación por sustitución. Sin embargo, este margen de apreciación debe limitarse cuando se trata de la filiación, ya que ello afecta a un aspecto esencial de la identidad de las personas. Por otra parte, es al Tribunal a quien corresponde decidir si se ha alcanzado un equilibrio entre los intereses del Estado y los de los individuos directamente afectados, teniendo consideración en particular del principio esencial según el cual, cada vez que está en cuestión la situación de un niño, debe prevalecer el interés superior de éste.

Por lo que se refiere a la vida familiar de los recurrentes, el Tribunal observa que esta se ve necesariamente afectada por la falta de reconocimiento por el derecho francés de la relación de filiación entre los hijos y los esposos que contrataron la gestación en el extranjero y, además, añade que “el respeto de la vida privada exige que cada uno pueda establecer los detalles de su identidad como ser humano, incluyendo su filiación...; un aspecto esencial de la identidad de las personas está en juego siempre que afecte a la filiación [...]”<sup>83</sup> Pero asegura que los recurrentes no pretenden que los obstáculos con los cuales se han encontrado fuesen insuperables ni que se hayan visto impedidos de disfrutar en Francia del derecho al respeto de su vida familiar. Se ha acreditado, en efecto, que padres e hijo se han podido establecer juntos en Francia poco después del nacimiento del hijo, que viven juntos en una situación globalmente comparable a

---

<sup>83</sup> VELA SÁNCHEZ, ANTONIO JOSÉ. (2014). Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución “pueden” ser inscritos en el registro civil español. A propósito de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014: *Diario La Ley*, núm. 8415. Sección Tribuna. Pág. 3.

aquella en las que viven otras familias y que no se ha estimado que exista el riesgo de que las autoridades decidan separarles con motivo de su situación respecto del derecho francés. Además, como consecuencia de un examen del caso concreto, los jueces franceses han estimado que las dificultades prácticas con las que se han encontrado los recurrentes no han excedido los límites que impone el respeto a la vida familiar. En consecuencia, se aprecia que se ha alcanzado un justo equilibrio entre los intereses de los recurrentes y los del Estado por lo que se refiere a su derecho al respeto a la vida familiar.

Sin embargo, por lo que se refiere al respeto de la vida privada de los niños así nacidos, el Tribunal denota que estos se encuentran en una situación de incertidumbre jurídica: sin ignorar que los menores han sido identificados en el extranjero como hijos de los recurrentes, Francia les niega esta consideración en su ordenamiento jurídico. El Tribunal considera que tal contradicción atenta al reconocimiento de su identidad en la sociedad francesa. En efecto, a pesar de que su padre biológico sea francés, los niños se ven implicados en una incertidumbre en cuanto a la posibilidad de ver reconocida su nacionalidad francesa, una indeterminación susceptible de afectar negativamente la definición de su propia identidad. El Tribunal aprecia, además, que estos niños no pueden heredar de los esposos recurrentes, de forma que los derechos se ven afectados de manera más desfavorable.

De esta manera, los efectos del no reconocimiento en el derecho francés de la relación de filiación entre los niños nacidos por gestación por sustitución en el extranjero y las parejas que han acudido a este método no se limitan a la situación de estos últimos: afectan también a la de los propios niños, cuyo derecho al respeto a la vida privada, que implica que cada uno pueda establecer la sustancia de su identidad, incluida su filiación, se encuentra significativamente afectada. Con ello se plantea una grave cuestión de compatibilidad entre esta situación y el interés superior de los niños, cuyo respeto ha de guiar cualquier decisión que les afecte.

Según el Tribunal, este análisis adquiere una especial atención o consideración cuando, como en el caso enjuiciado, uno de los miembros de la pareja es a la vez el que engendró al niño, es decir, quien aportó el material genético. En consideración a la importancia de la filiación biológica como elemento de la identidad de todo individuo, no cabe pretender que sea conforme con el interés superior del niño el privarle de un

vínculo jurídico de esta naturaleza cuando la realidad biológica de dicho vínculo ha sido establecida y el niño y el padre afectados reivindican su pleno reconocimiento. Sin embargo, en el caso enjuiciado, no solo no ha sido admitida la relación entre los gemelos y sus padre biológico con motivo de la solicitud de transcripción de sus respectivas actas de nacimiento, sino que incluso su reconocimiento por vía de una demanda de paternidad o de adopción o por efecto de la posesión de estado, chocaría con la jurisprudencia prohibitiva establecida al respecto por el Tribunal Supremo.

Obstaculizando de esta manera tanto el reconocimiento como el establecimiento de su vínculo de filiación respecto de su padre biológico, el Estado francés ha ido más allá de lo que le permitía su margen discrecional, por lo que el Tribunal concluye que se ha ignorado el derecho de los niños al respeto a su vida privada, violando el artículo 8 del Tratado.

#### **El Fallo del Tribunal es el siguiente:**

El Tribunal condena a Francia a satisfacer a cada uno de los niños afectados en el caso 5.000 euros por daños morales.

Esta sentencia no es definitiva y podrá ser recurrida en el plazo de tres meses desde su fecha por cualquiera de las partes ante la Gran Sala del Tribunal.

En definitiva, de estas sentencias del TEDH no deriva de ningún modo que las legislaciones, como la nuestra, que prohíben el convenio de gestación por encargo, sean contrarias al CEDH, pero sí que dicho CEDH limita determinadamente la eventualidad de entender contrario al orden público interno el reconocimiento, en los Estados miembros del Convenio, de la filiación legalmente establecida en país extranjero por sentencia judicial, incluso si deriva de un convenio de gestación por sustitución o encargo, pues deben salvaguardarse los derechos a la vida privada y familiar y a la identidad del niño así nacido, en base al principio cardinal del interés superior del menor.<sup>84</sup>

---

<sup>84</sup> VELA SÁNCHEZ, ANTONIO JOSÉ. (2014). Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución “pueden” ser inscritos en el registro civil español. A propósito de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014: *Diario La Ley*, núm. 8415. Sección Tribuna. Pág. 7.

Por último, señalar que este fallo guarda evidente relación con lo establecido por el Tribunal Supremo español en su sentencia de 6 de febrero de 2014<sup>85</sup> sobre un supuesto muy similar del cual hablaremos con más detalles a continuación.

#### 2.4 Sentencia del TEDH, de 27 de Enero de 2015

Sin ir más lejos, y a modo comparativo, podemos tener consideración de otra Sentencia dictada recientemente por el TEDH en esta misma materia, la STEDH de 27 de enero de 2015, asunto *Paradiso et Campanelli c. Italia*<sup>86</sup>, en la que se condena al país italiano por la violación del mismo derecho mencionado con anterioridad, el derecho a la vida privada y familiar en una situación derivada de la práctica de gestación por sustitución en país extranjero no reconocida en dicho país italiano, pero lo hace en relación con una actuación de las autoridades italianas alejada del supuesto de la nombrada STS de 6 de febrero de 2014 y el comentado ATS de 2 de febrero de 2015 que la confirma. En efecto, el TEDH, en dicha Sentencia *Paradiso y Campanelli c. Italia*, pone de relieve que la excepción de orden público vinculada a la prohibición de la gestación por sustitución en el ordenamiento jurídico italiano no puede prevalecer sobre el principio fundamental e internacionalmente regulado de la defensa del interés superior del niño, si bien la violación por parte de Italia deriva de la aplicación, de manera injustificada, de una medida extrema como es la separación del menor de los comitentes celebrantes del convenio de gestación por subrogación en un país que lo permitía como es Rusia.

En mi opinión, tras lo mencionado en referencia a la destacada jurisprudencia del TEDH, nuestro Alto Tribunal no parece estar por la labor de facilitar la inscripción de

---

<sup>85</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 835/2013, (Sala de lo civil, Sección 1ª), de 6 de Febrero de 2014. (Nº recurso. 245/2012). (Id. Cendoj: 2807911991215200003). Gestación por sustitución. Impugnación de RDGRN que acordó la inscripción en el Registro Civil español de la filiación de unos menores nacidos tras la celebración de un contrato de gestación por sustitución a favor de los padres intencionales, determinada por las autoridades de California con base en la legislación de dicho estado.

<sup>86</sup> DURÁN AYAGO, ANTONIA. (2015). Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: problemas jurídicos de la gestación por sustitución en España. A propósito del auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015. *Millennium DiPr*, Derecho internacional privado. Editorial. Tirant lo Blanch. Pág. 54. Sobre la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 27 de enero de 2015, (Sala de lo Social, Sección 2ª). El Tribunal Supremo ha precisado en su auto de 2 de febrero de 2015 por qué considera que su sentencia de febrero de 2014, en la que determina que no es posible que accedan al Registro Civil español las actas registrales de nacimiento de dos menores, hijos de españoles, nacidos en Estados Unidos mediante gestación por sustitución por contrariar el orden público internacional español, no se contraponen con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en esta materia, principalmente por el distinto alcance que tiene la prohibición de la gestación por sustitución en Francia y en España.

una filiación jurídica y puedo concluir que este Tribunal es concedor de la existencia de un debate social como es la filiación en casos de gestación por sustitución.

Considero mi punto de vista a favor con la conclusión mencionada por el autor VELA SÁNCHEZ que establece que: “mientras no exista regulación positiva sobre el convenio de gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico, la única solución legislativa sería la de recoger expresamente el reconocimiento de la filiación derivada de resolución judicial extranjera respetándose la identidad del menor y la de los padres que constan en la partida de nacimiento del país donde nació y, respecto del acceso al RC de certificaciones extranjeras que no sean reflejo de una resolución judicial anterior, incluir claramente la norma que permita la entrada de la partida de nacimiento extranjera por control incidental del funcionario del Registro consular. Mientras esto no se produzca sólo queda el remedio de la aplicación de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 —que permite la inscripción de la resolución judicial extranjera que fije el vínculo filial, aun procedente de convenio de gestación por sustitución celebrado en país que lo permita”<sup>87</sup>. Por todo ello, una vez más, reivindico la necesidad de regular este convenio gestacional en nuestro Derecho para que así pueda cumplir efectos con carácter pleno en aquellas personas que acuden a esta técnica de reproducción con el deseo de acceder a la maternidad-paternidad. No debemos olvidar que de igual manera, las personas que lo desean, cometen esta práctica pero en países extranjeros así que, ya que de todos modos esto se va a continuar practicando, ¿Por qué no llevar a cabo su regulación en el ordenamiento español bajo los principios que lo fundamentan?

Para acabar constato que no podrá hacerse omisión de la importancia de lo establecido en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 o la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 ya que contienen menciones para alcanzar y lograr el bienestar del menor. Se expone en ellos, entre otros, el deber de respeto a la identidad del niño, así como su derecho a tener un nombre y a ser inscrito inmediatamente después de su nacimiento.

A continuación, dedicaremos un apartado al procedimiento existente para la inscripción de documentos judiciales.

---

<sup>87</sup> VELA SÁNCHEZ, ANTONIO JOSÉ. (2015). Erre que erre: el Tribunal Supremo niega la inscripción de la filiación de los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución. *Diario La Ley*, núm. 8600, Sección Tribuna. Editorial LA LEY. Pág. 7.

### 3. Procedimiento de inscripción en el Registro Civil

#### 3.1 La inscripción en el marco jurídico actual

En primer lugar, atendemos a lo que establece la nombrada anteriormente la Instrucción 5 de Octubre de 2010, y es que la presente Instrucción establece como requisito previo para la inscripción de los nacidos mediante gestación por sustitución, la presentación ante el Encargado del RC de una resolución judicial dictada por Tribunal competente.

La finalidad que tiene la exigencia de dicha resolución judicial en el país de origen, es decir, donde se lleva a cabo la práctica, es la de controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato respecto del marco legal del país donde se ha formalizado y, además, la protección de los intereses del menor y de la madre gestante.

Se entiende que el requisito de que la atribución de filiación deba basarse en una previa resolución judicial tiene su fundamento en la previsión contenida en el artículo 10.3 de la LTRHA, mencionada reiteradas veces con anterioridad que, a través de la remisión a las reglas generales sobre determinación de la filiación, exige el ejercicio de acciones procesales y la consecuente resolución judicial para la determinación de la filiación paterna de los menores nacidos como consecuencia de gestación por sustitución. Con la presente Instrucción se protege el interés del menor, facilitando la continuidad transfronteriza de una relación de filiación declarada por Tribunal extranjero, siempre que tal resolución sea reconocida en España.

En efecto, cabe destacar que la inminente reforma del RC, de la cual hablaremos detalladamente con posterioridad, no modificará el actual procedimiento para la inscripción de los niños nacidos mediante gestación por sustitución<sup>88</sup>. La modificación que iba a llevarse a cabo, era la comprendida en el apartado 7º del artículo 44<sup>89</sup>, pero finalmente se ha retirado y no existe modificación alguna referente a éste.

---

<sup>88</sup> Disponible en: <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/10199--la-inminente-reforma-del-registro-civil-no-modificara-el-actual-procedimiento-para-inscribir-a-los-ninos-nacidos-por-vientre-de-alquiler/>

<sup>89</sup>Ley de Registro Civil. Modificación del apartado 7º del artículo 44 el cual iba a tener la siguiente redacción: "7. En los casos de nacimiento fuera de España, cuyo régimen de filiación esté sujeto a la legislación extranjera, se consignará en todo caso la filiación materna correspondiente a la madre gestante, siendo necesaria para hacer constar la filiación paterna no matrimonial la declaración conforme del padre y de la madre sobre dicha filiación; si la madre estuviera casada y la legislación extranjera lo

Será, en base a lo establecido en dicho artículo, cuando podrán inscribirse los nacidos mediante gestación por sustitución si existe resolución judicial que declara dicha filiación, pero tras ser recurrido por parte del Ministerio Fiscal prefiriendo este la aplicación del artículo 24 de la LRC donde se establece, textualmente, que; “ Las inscripciones 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.”

Por lo tanto, se entiende que dicha afiliación se lleva a cabo de manera automática, transcribiendo en el RC la filiación que figure en la sentencia judicial que autoriza la maternidad subrogada, sin que conste en ella la gestante como madre del niño que se quiere inscribir sino que figuren como padres de la criatura los ciudadanos españoles que iniciaron el proceso de gestación.

Finalmente será importante hacer mención de los artículos 39 y 14 de la CE<sup>90</sup> donde se establece la prohibición de la discriminación por razón de nacimiento y donde se prevé que los poderes públicos deben asegurar la protección de los hijos y la igualdad de los mismos con independencia de su filiación.

### **3.2 La inscripción en la nueva Ley del Registro Civil**

Ante la actual polémica jurídica, debemos tener total consideración la nueva Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, que ha llevado a cabo una serie de reformas de mayor proyección social y jurídica en el ámbito del Derecho Civil haciendo especial

---

exigiera, se precisará la conformidad del marido respecto de tal filiación. En cualquier otro caso, para la inscripción en el Registro Civil de la filiación del nacido será necesario que haya sido declarada en una resolución judicial reconocida en España mediante un procedimiento de exequátur.” Finalmente, no se lleva a cabo la modificación.

<sup>90</sup> Constitución Española de 1978 (BOE núm. 311 de 29 de Diciembre de 1978) en su artículo 14: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Constitución Española de 1978 en su artículo 39: “1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. 3. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”.

hincapié en el Derecho de familia (que entre otras reformas, prevé la nueva redacción del artículo 30 del RC, ya vigente, sobre el control de legalidad de los documentos)<sup>91</sup>.

Entre otras actualizaciones, nos encontramos una muy acertada referente al ámbito del Derecho internacional privado que podemos encontrarlo en el título X de la Ley<sup>92</sup>. Se centra en las soluciones jurídicas influidas por el avance de la legislación europea y la creciente importancia del elemento extranjero con acceso al RC. Una de las más destacadas novedades que nos ofrece al respecto es la que se centra en la inscripción de documentos judiciales de carácter extranjero donde no únicamente se permite la inscripción previo *exequátur* sino también la posibilidad de que el Encargado del RC lleve a cabo la inscripción tras proceder a un reconocimiento incidental.

En efecto, la complejidad de la que se caracterizan las situaciones internacionales justifica que la inscripción de documentos extranjeros judiciales y no judiciales, corresponde exclusivamente a la Oficina Central del Registro.<sup>93</sup>

A modo resumido, puede entenderse que los objetivos más importantes que la Ley se ha propuesto cumplir podrían ser 3;

1. Acomodar el Registro Civil a la sociedad y a la legislación vigente.
2. Desjudicializar la función registral, en sintonía con los procesos modernizadores que se han emprendido en otros países de nuestro entorno.

---

<sup>91</sup> LINACERO DE LA FUENTE, MARÍA. (2013). Tratado del Registro Civil. Adaptado a la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, Valencia. Tirant Lo Blanch. Pág. 23.

<sup>92</sup> Artículo 96 de la Ley del Registro Civil sobre resoluciones judiciales extranjeras: “1. Sólo procederá la inscripción en el Registro Civil español de las sentencias y demás resoluciones judiciales extranjeras que hayan adquirido firmeza. Tratándose de resoluciones de jurisdicción voluntaria, éstas deberán ser definitivas. En el caso de que la resolución carezca de firmeza o de carácter definitivo, únicamente procederá su anotación registral en los términos previstos en el ordinal 5.º del apartado 3 del artículo 40 de la presente Ley. 2. La inscripción de las resoluciones judiciales extranjeras se podrá instar: a) La regularidad y autenticidad formal de los documentos presentados. b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española. c) Que todas las partes fueron debidamente notificadas y con tiempo suficiente para preparar el procedimiento. d) Que la inscripción de la resolución no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español. El Encargado del Registro Civil deberá notificar su resolución a todos los interesados y afectados por la misma. Contra la resolución del Encargado del Registro Civil los interesados y los afectados podrán solicitar *exequátur* de la resolución judicial o bien interponer recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado en los términos previstos en la presente Ley. En ambos casos se procederá a la anotación de la resolución en los términos previstos en el ordinal 5º del apartado 3 del artículo 40, si así se solicita expresamente.

<sup>93</sup> Ley del Registro Civil.

3. La constitución de un Registro Civil único y en línea para toda España y accesible para todos los ciudadanos<sup>94</sup>

Puede apreciarse que el problema de la maternidad subrogada no aparece ni en el texto de dicha Ley, ni en los diarios de sesiones de las comisiones en las que fue discutida. Únicamente encontramos en la Exposición de Motivos dedicada a la introducción de ese nuevo título relativo al Derecho internacional privado que “una de las mayores novedades se centra en la inscripción de documentos judiciales extranjeros”<sup>95</sup>.

En el Título X de la nueva LRC recoge en los artículos. 94 a 100 las normas de Derecho internacional privado. Sin embargo, procederé a analizar aquellos artículos que estén más íntimamente vinculados con la inscripción en el RC español de la filiación surgida en el extranjero mediante contrato de gestación por sustitución ya que es el objeto de estudio en cuestión.

- La traducción y legalización de documentos.

Primeramente, atenderemos a lo dispuesto en el artículo 95<sup>96</sup> CC, que versa sobre la traducción y legalización de documentos, donde se establece que se permite al Encargado del Registro prescindir de ambas acciones cuando le constare el contenido y la autenticidad del documento.

Dado el creciente intercambio entre los distintos países del mundo, muchos Estados han firmado convenios destinados a facilitar este tipo de trámites a sus ciudadanos, entre ellos España.

---

<sup>94</sup> MARTÍN MORATO, MANUEL. (2013). El nuevo Registro Civil. Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 30. Pág. 8.

<sup>95</sup> ALBERT MÁRQUEZ, MARTA MARÍA. (2012). Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil. *Diario La Ley*, núm. 7863, Sección Doctrina. Pág. 7.

<sup>96</sup> Artículo 95 de la Ley del Registro Civil sobre la Traducción y legalización: “1. Los documentos no redactados en una de las lenguas oficiales españolas o escritos en letra antigua o poco inteligible, deberán acompañarse de traducción efectuada por órgano o funcionario competentes. No obstante, si al Encargado del Registro le constare el contenido del documento podrá prescindir de la traducción. 2. Todo documento expedido por funcionario o autoridad extranjera se presentará con la correspondiente legalización. No obstante, quedan eximidos de legalización los documentos cuya autenticidad le constare al Encargado del Registro y aquéllos que llegaren por vía oficial o por diligencia bastante. 3. El Encargado que dude de la autenticidad de un documento, realizará las comprobaciones oportunas en el menor tiempo posible.”

Cabrá tener consideración de que existen dos formas de legalización de documentos.<sup>97</sup>

1. A través de la Apostilla de la Haya<sup>98</sup> n° XII, de 5 de octubre de 1961, de Supresión de la Exigencia de Legalización en los Documentos Públicos Extranjeros más comúnmente conocido como Convenio de la Apostilla o legalización única.
2. La legalización diplomática
  - El acceso al Registro Civil de las sentencias y demás resoluciones judiciales extranjeras

Según la opinión de ESPINAR VICENTE<sup>99</sup>, opinión que comparto, peligrosísima vía abre el artículo. 96<sup>100</sup>, dada de la función que se le otorga al Encargado del Registro (que señalaremos a lo largo de este apartado), siendo éste un órgano no jurisdiccional. Se entiende que, dicho artículo, aborda el tema de acceso al RC español de las sentencias y demás resoluciones judiciales extranjeras, al establecer que todos los documentos extranjeros deberán presentarse debidamente traducidos y legalizados en el

---

<sup>97</sup> Disponible en:

<http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/ServiciosAlCiudadano/SiEstasEnElExtranjero/Paginas/Legalizaciones.aspx>

<sup>98</sup> Convenio de La Haya n° XII, de 5 de octubre de 1961, de Supresión de la Exigencia de Legalización en los Documentos Públicos Extranjeros. (BOE núm. 229, de 25 de septiembre de 1978).

<sup>99</sup> ESPINAR VICENTE, JOSE MARÍA. (2012). Algunas reflexiones sobre la nueva Ley del Registro Civil. *Diario La Ley*, núm. 7771, Sección Doctrina, Pág. 10.

<sup>100</sup> Ley del Registro Civil en su artículo 96: “Sólo procederá la inscripción en el Registro Civil español de las sentencias y demás resoluciones judiciales extranjeras que hayan adquirido firmeza. Tratándose de resoluciones de jurisdicción voluntaria, éstas deberán ser definitivas. En el caso de que la resolución carezca de firmeza o de carácter definitivo, únicamente procederá su anotación registral en los términos previstos en el ordinal 5º del apartado 3 del artículo 40 de la presente Ley. 2. La inscripción de las resoluciones judiciales extranjeras se podrá instar: 1.º Previa superación del trámite del exequátur contemplado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Hasta entonces sólo podrán ser objeto de anotación en los términos previstos en el ordinal 5º del apartado 3 del artículo 40 de la presente Ley. 2.º Ante el Encargado del Registro Civil, quien procederá a realizarla siempre que verifique: a) La regularidad y autenticidad formal de los documentos presentados. b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española. c) Que todas las partes fueron debidamente notificadas y con tiempo suficiente para preparar el procedimiento. d) Que la inscripción de la resolución no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español. El Encargado del Registro Civil deberá notificar su resolución a todos los interesados y afectados por la misma. Contra la resolución del Encargado del Registro Civil los interesados y los afectados podrán solicitar exequátur de la resolución judicial o bien interponer recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado en los términos previstos en la presente Ley. En ambos casos se procederá a la anotación de la resolución en los términos previstos en el ordinal 5º del apartado 3 del artículo 40, si así se solicita expresamente. 3. El régimen jurídico contemplado en el presente artículo para las resoluciones judiciales extranjeras será aplicable a las resoluciones pronunciadas por autoridades no judiciales extranjeras en materias cuya competencia corresponda, según el Derecho español, al conocimiento de Jueces y Tribunales.”

RC. Únicamente se prescindirá de estos requisitos en el caso de que al Encargado del Registro le conste el contenido del documento o su autenticidad.

Además, según el artículo 96.1<sup>101</sup>, se entiende que las resoluciones judiciales extranjeras deberán ser firmes, y las que resulten de procedimientos de jurisdicción voluntaria deberán ser definitivas. Este artículo nos permite, al margen de la figura del *exequátur*, el reconocimiento incidental de una resolución judicial extranjera a través del Encargado del Registro, es decir, a través de un órgano no jurisdiccional (funcionario no perteneciente a la carrera judicial)<sup>102</sup>, cuando el reconocimiento del mandato de un poder judicial extranjero sólo puede ser asumido por el poder judicial español. En opinión del autor, puede incluso que la norma manifieste ciertos principios de inconstitucionalidad<sup>103</sup>.

Bajo mi punto de vista, el hecho de permitir la inscripción en el RC de resoluciones judiciales extranjeras a través de un mero control eventual por parte del Encargado del Registro, no está respetando la doctrina del Tribunal Supremo donde se expone que el reconocimiento incidental se permite cuando las resoluciones judiciales extranjeras son fruto de procedimientos voluntarios, exigiéndose el *exequátur* a aquellas que provengan de procedimientos contenciosos.

Debe tenerse consideración de la coexistencia que existe de dicho artículo 96 con la Instrucción de 5 de Octubre de 2010<sup>104</sup>, donde se expone el reconocimiento de la resolución judicial extranjera en la que aparece determinada la filiación derivada de gestación por sustitución. Esta Instrucción exige el procedimiento del *exequátur* para

---

<sup>101</sup> Artículo 96.1 de la Ley del Registro Civil sobre las resoluciones judiciales: “1. Sólo procederá la inscripción en el Registro Civil español de las sentencias y demás resoluciones judiciales extranjeras que hayan adquirido firmeza. Tratándose de resoluciones de jurisdicción voluntaria, éstas deberán ser definitivas. En el caso de que la resolución carezca de firmeza o de carácter definitivo, únicamente procederá su anotación registral en los términos previstos en el ordinal 5.º del apartado 3 del artículo 40 de la presente Ley.

<sup>102</sup> DURÁN AYAGO, ANTONIA. (2012). El acceso al Registro Civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la Ley 20/2011: Relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución. *Anuario español de derecho internacional privado: AEDIPr*. Tomo XII. Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Pág. 271.

<sup>103</sup> ESPINAR VICENTE, JOSE MARÍA. (2012). Algunas reflexiones sobre la nueva Ley del Registro Civil. *Diario La Ley*, núm.7771, Sección Doctrina. Pág. 13.

<sup>104</sup> Instrucción de 5 de Octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. Por medio de la cual se fijan las directrices “para la calificación de los Encargados del Registro Civil en relación con las solicitudes de inscripción de nacimiento formuladas por ciudadanos españoles, de los menores nacidos en el extranjero como consecuencia del uso de técnicas de gestación por sustitución”.

aquellas resoluciones que provengan de procedimientos contenciosos, y un control incidental para aquellas resoluciones que provengan de procedimientos voluntarios.

A mi juicio, y en caso de que un individuo quiera dar lugar al reconocimiento de una resolución judicial extranjera en la que se homologa un contrato de gestación por sustitución, con el fin de inscribir la filiación determinada en la misma en el Registro Civil español, parece adecuado pensar que podremos atender a lo dispuesto en el mismo artículo 96 de la nueva LRC sobre el de la Instrucción, al poseer la ley mayor rango normativo. De tal manera que podrá reconocerse (e inscribirse) la resolución mediante un control incidental por parte del Encargado del Registro.

Siguiendo en líneas del mismo artículo, 96, me parece que entra en contradicción con el artículo 85.2, ya que éste establece que; *en el caso de denegación de inscripción de sentencias y otras resoluciones judiciales extranjeras cuya competencia corresponde a la Oficina Central del RC, el interesado sólo podrá instar procedimiento judicial de exequátur*, mientras que el artículo 96 dice que; *el Encargado del Registro Civil deberá notificar su resolución a todos los interesados y afectados por la misma. Contra la resolución del Encargado del Registro Civil los interesados y afectados podrán solicitar exequátur de la resolución judicial o bien interponer recurso ante la DGRN en los términos previstos en la presente ley*". Como bien apunta ESPINAR VICENTE, "o lo uno o lo otro. O sólo cabe la solicitud el *exequátur* o se puede recurrir ante la Dirección General"<sup>105</sup>, es decir, no puede darse lugar a ambas posibilidades ya que se encuentran en líneas de contradicción y si hacemos caso a lo expuesto en el artículo 96, no podemos atender a lo dispuesto en el artículo 85.

Tras lo mencionado, quiero destacar, que es en el artículo 21.2 apartado segundo<sup>106</sup> de esta Ley donde se expone que todos los hechos que acontecen en el extranjero que requieren o que pretenden ser registrados en el Registro Civil, como es el caso de la gestación por sustitución, deberán corresponder con exclusividad a la Oficina Central del Registro ya que ésta será la autoridad encargada en materia de cooperación de carácter internacional en todas las materias que se encuentren sometidas a la Ley como se ha mencionado en líneas anteriores.

---

<sup>105</sup> ESPINAR VICENTE, JOSE MARÍA. (2012). Algunas reflexiones sobre la nueva Ley del Registro Civil. *Diario La Ley*, núm. 7771, Sección Doctrina. Pág. 13.

<sup>106</sup> Artículo 21.2 de la Ley del Registro Civil: "2. Practicar la inscripción de los documentos auténticos extranjeros judiciales y extrajudiciales y certificaciones de asientos extendidos en Registros extranjeros."

ANTONIA DURÁN<sup>107</sup> también hace mención a los avances legislativos respecto del RC, donde pone en duda la pervivencia de la DGRN de 2010 donde, a su vez, se dirige a esta situación legislativa como “esquizofrenia jurídica” y en la que se plantea cuáles han sido las consecuencias prácticas de toda esta “encrucijada judicial” (como bien apoda a esta situación). Si en febrero de 2014, después del pronunciamiento del Tribunal Supremo se paralizaron las inscripciones en el RC de niños nacidos en el extranjero a través de gestación por sustitución, a raíz de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos la DGRN emitió una circular el 11 de julio de 2014 por la que se autorizaba a los Cónsules españoles a seguir aplicando la Instrucción de 5 de octubre de 2010 como consecuencia de la jurisprudencia europea y porque a su juicio el caso tratado en la sentencia del Supremo no afectaba a esta Instrucción, debido que la resolución de la DGRN anulada por esta sentencia lo que pretendía era la transcripción de las certificaciones registrales extranjeras al RC español, mientras que la Instrucción no regula la transcripción, sino el procedimiento de reconocimiento que ha de seguirse ad hoc para poder inscribir a los niños nacidos en el extranjero a través de la gestación por sustitución en el RC español. Por ello, menciona que desde el nacimiento de esta instrucción se ha discutido su legalidad, puesto que va más allá de lo que la ley precisa; se extralimita en consecuencia la DGRN atribuyéndose un papel de cuasilegisador que no le corresponde<sup>108</sup>.

A modo de conclusión tras todo lo expuesto referente a la nueva LRC, Ley 20/2011, de 21 de julio, me gustaría señalar que en el caso de coexistencia del artículo 96 de la nueva Ley con la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, prevalecerá el primero al poseer la ley mayor rango normativo. Por lo tanto, se podrá reconocer una resolución judicial extranjera mediante un mero control incidental. Además no podemos

---

<sup>107</sup> DURÁN AYAGO, ANTONIA. (2015). Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: problemas jurídicos de la gestación por sustitución en España. A propósito del auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015. Millennium DiPr, Derecho internacional privado. Tirant lo Blanch. Pág. 60

<sup>108</sup> DURÁN AYAGO, ANTONIA. (2015). Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: problemas jurídicos de la gestación por sustitución en España. A propósito del auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015. Millennium DiPr, Derecho internacional privado. Tirant lo Blanch. Pág. 62. Véase también; <http://www.gestacion-subrogada.com/valoracion-proyecto-de-ley-registro>, “Valoración del proyecto presentado por el gobierno para regular la filiación de los niños nacidos por gestación subrogada” por la profesora de derecho internacional privado ANTONIA DURÁN AYAGO donde textualmente dice que; “Como ya he manifestado en otras ocasiones, considero que es necesario afrontar materialmente, desde el Derecho sustantivo, la regulación de la gestación por sustitución en España. Desde la perspectiva registral y del reconocimiento toda respuesta adolecerá de vicios. Con la modificación que ahora se plantea, lo que se hace es reducir el alcance que algunos habían querido ver en la Ley 20/2011 en lo referente al reconocimiento de la filiación de los hijos habidos a través de gestación por sustitución en el extranjero.”

hacer caso omiso a que la legalidad vigente, haciendo referencia al relevante artículo 10 LTRHA, y a la doctrina del Tribunal Supremo ya que la ley prevalece sobre la Instrucción al tener, ésta, rango de reglamento.

En mi opinión, y para acabar, apoyándome en la interesante opinión del citado autor VICENTE ESPINAR que tiene relación con la argumentación ANTONIA DURÁN mencionada con anterioridad, aunque considero que la modificación del artículo 96 es adecuada, considero que no puede decirse lo mismo de los medios ya que no debería admitirse que un órgano no jurisdiccional, como es el Encargado del RC, pueda reconocer el mandato de un poder judicial extranjero, porque esta función sólo puede ser asumida por el poder judicial español.

Antes de poner fin a este apartado, me gustaría tener en consideración las numerosas críticas a las que se ha expuesto la Instrucción de 5 de octubre de 2010. Y es que un número importante de autores consideran que dicha Instrucción es totalmente incompatible con la legislación española. Yo me centraré en dos, además de los ya citados con anterioridad.

En este sentido, LASARTE ÁLVAREZ<sup>109</sup> opina que “la Instrucción es contraria a la legislación vigente, técnica y axiológicamente hablando, pues en realidad, pretende que cuanto la Ley excluye sea admisible por vía reglamentaria, resolviendo, aunque sólo sea aparentemente, problemas que no deben ser objeto de ocurrencias ministeriales de urgencia”. Para este autor, la Instrucción altera gravemente el sistema de fuentes constitucionalmente establecido.

Apoyando esta línea de argumentación, en mi opinión acertada, JIMÉNEZ MARTÍNEZ<sup>110</sup> entiende que “la DGRN en una Instrucción que, curiosamente ha sido dictada pocos días después de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valencia, vuelve a utilizar el principio general de la protección del interés del menor para justificar una posición similar a la mantenida en la Resolución de 2009 y permitir así, lo que a mi juicio supone un fraude de ley, esto es la posibilidad de inscribir en el Registro Civil el nacimiento y la filiación a favor de un español de los niños nacidos en

---

<sup>109</sup> LASARTE ÁLVAREZ, CARLOS. (2012). La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria. *Diario La Ley*, núm. 7777, Sección Doctrina. Pág. 3.

<sup>110</sup> JIMÉNEZ MARTÍNEZ, MARÍA VICTORIA. (2012). La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales. *Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá*. Pág. 370.

el extranjero como consecuencia de la existencia de un contrato de maternidad subrogada. Por ello, considero que el contenido de la citada resolución no respeta la regulación contenida en nuestro ordenamiento jurídico, de modo que por vía reglamentaria pretende resolver un problema para el que no tiene competencia”.

Para finalizar, continúa su argumentación destacando que el hecho de que “la Resolución de la DGRN infrinja claramente el principio de jerarquía normativa establecido en el art. 9.3 de la CE justifica que se predique su nulidad”.

# CAPÍTULO III: Análisis de la jurisprudencia respecto de la prestación por maternidad en casos de gestación por sustitución o subrogada

---

## 1. Introducción a la problemática de la gestación subrogada o por sustitución en el ámbito de la Seguridad Social

En primer lugar, sabemos que la maternidad subrogada no se admite en el ordenamiento jurídico español. Por lo tanto, se entiende con carácter nulo de pleno derecho y en el que además se formulan argumentaciones en contra, como hemos podido estudiar en el primer capítulo de este estudio, alegando que el orden público como punto de referencia principal, cuyo fin principal es el de preservar la armonía interna del ordenamiento jurídico, evitando la aplicación por parte del juez que ha de conocer del caso de las normas extranjeras inicialmente designadas como aplicables en virtud de las normas de conflicto, cuando dichas normas extranjeras son susceptibles de producir efectos inaceptables. Esto es, efectos incompatibles con los principios éticos, económicos, políticos y sociales que condicionan el modo de ser de las instituciones del ordenamiento jurídico del país al que pertenece el juez que conoce del asunto concreto.<sup>111</sup>

Hemos conocido también, la importancia y las problemáticas que surgen a efectos de filiación dada su dificultad a la hora de llevarla a cabo. Pero no es solo esto si no que también nos encontramos con que el interés de los padres intencionales o subrogantes se extiende a otros ámbitos. Particularmente y en lo que respecta a la Seguridad Social, solicitan el reconocimiento de las prestaciones de maternidad y paternidad.

Es cierto que las prestaciones facilitadas por el órgano de la Seguridad Social (SS de aquí en adelante) son un derecho de los ciudadanos, pero también es cierto que la legalidad expone una serie de requisitos que deben ser cumplidos para poder ser beneficiario. Sin ir más lejos, en primer lugar atenderemos a lo establecido en la Ley General de la Seguridad Social (LGSS de aquí en adelante) donde podemos conocer aspectos relevantes sobre esta prestación como por ejemplo tener conocimiento de las situaciones protegidas o incluso tener conocimiento de quienes podrán ser beneficiarios de dicha prestación, entre otros aspectos.

---

<sup>111</sup> Véase SELMA PENALVA, ALEJANDRA. (2013). Vientres de alquiler y prestación por maternidad. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*. (Parte Doctrina), Pamplona., núm. 9. Pág. 11.

Es por ello que precisaremos a familiarizarnos bastante con el principio de analogía, ya que debemos tener en consideración, antes de entrar más en materia, que nuestros Tribunales aferran su fundamentación bajo la laguna legal existente referente a la prestación por maternidad en supuestos de gestación por sustitución.<sup>112</sup>

Es por ello que, dada la importancia que caracteriza la prestación por maternidad en situaciones de gestación por sustitución en países extranjeros, en este tercer capítulo, se analizará, la normativa de la Seguridad Social, la jurisprudencia y la doctrina sobre esta cuestión.

## **2. La prestación por maternidad**

En primer lugar, atendemos a lo dispuesto en el artículo 177 de la LGSS<sup>113</sup>, donde se mencionan que las situaciones protegidas son la maternidad, no haciéndose en ningún momento mención a casos en los que la maternidad sea subrogada. Por lo tanto, ya que su práctica es considerada nula de pleno derecho, debe entenderse por maternidad aquella que es de carácter biológico o adoptivo aunque en estas líneas no existe especificación alguna lo que podría dar lugar a confusión. La adopción, la guarda con fines de adopción y el acogimiento familiar siempre que su duración no sea inferior a un año. Es decir, en dicho artículo se hace completa omisión a los supuestos de gestación por sustitución, lo cual puede resultar o bien como una situación no protegida por la LGSS o bien como una laguna legal porque en ella no se contempla especificación ninguna.

También hacemos mención al artículo 178 de la misma ley ya que es donde se expone quienes serán o quienes podrán ser beneficiarios de dicha prestación. En este caso, se entiende que lo serán aquellas personas que estén incluidas en el Régimen General de la Seguridad Social con indiferencia de cuál sea su sexo, que disfruten de los descansos legalmente previstos y que reúnan la condición referida en el artículo 165.1 de la LGSS (donde se establece que para acceder al derecho de las prestaciones no solo deberán cumplirse con los requisitos establecidos para cada una de ellas sino que, además, las personas demandantes deberán estar afiliadas y en alta en dicho Régimen o en situación

---

<sup>112</sup> PENALVA SELMA, ALEJANDRA. (2014). Los nuevos retos de la prestación por maternidad ante los avances médicos en materia de reproducción asistida. *Revista Bioderecho.es*, Vol. 1, núm. 1. Pág. 9.

<sup>113</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. (BOE núm. 261, de 31 de Octubre de 2015).

asimilada a la de alta). Por último deberán acreditar períodos mínimos de cotización que versaran según la edad del demandante de la prestación.

Como puede apreciarse, los requisitos que deben cumplir los beneficiarios de dicha prestación versan en materia laboral y atendiendo a lo mencionado en el artículo 177, es decir las situaciones protegidas, pero en ningún momento se hace especificación de lo que se refiere por maternidad, dando por entendido que esta, en efecto, será aquella llevada a cabo de manera biológica o adoptiva.

Es interesante conocer cuáles son las diferencias existenciales entre la maternidad, la adopción y el acogimiento, ya que es cierto que son reconocidas por nuestro ordenamiento jurídico pero esto no implica que sean lo mismo.

Por el concepto “maternidad” puede entenderse aquella situación de una mujer que lleva a cabo la gestación de una criatura. Se refiere a una relación de origen donde se puede señalar una ascendencia precisa a la persona física. Sin embargo, por adopción no podemos entender lo mismo ya que esta hace referencia al acto jurídico en el cual una persona adulta toma como hijo propio un hijo ajeno con el fin de establecer una relación paterno-filial, siempre con reconocimiento y aceptación jurídica y que puede llevarse a cabo por distintas razones como puede ser la falta de fertilidad y que, además, podrá ser de carácter nacional o internacional. También, se conoce como una medida de protección de la infancia que tiene como finalidad encontrar una familia con la que un menor que se encuentra en situación de abandono y desamparo, pueda vincularse afectiva y emocionalmente y, así, poder crear vínculos paterno-filiales<sup>114</sup>. Por último, el acogimiento no comparte las líneas anteriores, ya que no se trata ni de la propia gestación de una madre, ni el acto jurídico de tomar como propio un hijo ajeno sino que se caracteriza por ser una medida de protección que adopta la entidad pública competente en materia de protección de menores, mediante la cual se otorga el cuidado de un menor a una persona o núcleo familiar, con la obligación de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral, con el fin de integrarlo en una vida familiar que sustituya o complementa temporalmente a la suya de origen.<sup>115</sup>

---

<sup>114</sup> Artículos 175 a 180 del Código Civil, reformados por la Ley 26/2015, de 28 de julio (BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015), de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

<sup>115</sup> Artículos 172 a 174 del Código Civil reformados por la Ley 26/2015, de 28 de julio.

Atendemos a lo que dispone el artículo 45.1 d) del Estatuto de los Trabajadores<sup>116</sup> (ET de ahora en adelante) donde se establece como causa de suspensión del contrato la maternidad, la adopción y el acogimiento. Pero también debemos de atender a lo que dispone el artículo 48.4<sup>117</sup> del mismo ET, donde se concreta el alcance de dicha suspensión en los distintos supuestos y circunstancias que pueden concurrir de tal modo que la norma de la Seguridad Social se remite a la norma laboral al señalar que la prestación de abonará durante los periodos de descanso que se disfruten de acuerdo con el ET.

Es interesante, además, tener consideración que en el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo<sup>118</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<sup>119</sup>. Éste hace referencia a las situaciones protegidas, donde se establece que a efectos de la prestación por maternidad se considerará como situaciones protegidas la maternidad, la adopción y el acogimiento tanto de carácter preadoptivo como permanente o simple de conformidad con lo establecido en el Código Civil o las

---

<sup>116</sup> Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, (BOE núm. 255, de 24 /10/2015) por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores en su artículo 45 sobre las causas y efectos de la suspensión: 1.d) “Maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural de un menor de nueve meses y adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que su duración no sea inferior a un año, aunque éstos sean provisionales, de menores de seis años o de menores de edad que sean mayores de seis años cuando se trate de menores discapacitados o que por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes.”

<sup>117</sup> Artículo 48 del Estatuto de los Trabajadores sobre la Suspensión con reserva de puesto de trabajo: “En los supuestos de adopción y de acogimiento [...] la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliable en el supuesto de adopción o acogimiento múltiples en dos semanas por cada menor a partir del segundo. Dicha suspensión producirá sus efectos, a elección del trabajador, bien a partir de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, bien a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, provisional o definitivo, sin que en ningún caso un mismo menor pueda dar derecho a varios periodos de suspensión. En caso de que ambos progenitores trabajen, el período de suspensión se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, siempre con periodos ininterrumpidos y con los límites señalados.”

<sup>118</sup> Real Decreto 295/2009, de 6 de Marzo, (BOE núm. 69, de 21 de marzo de 2009)

<sup>119</sup> Real Decreto 295/2009, de 6 de Marzo, en su artículo 2 sobre situaciones protegidas: “1. A efectos de la prestación por maternidad, se consideran situaciones protegidas la maternidad, la adopción y el acogimiento familiar, tanto preadoptivo como permanente o simple, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las comunidades autónomas que lo regulen, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año, y aunque dichos acogimientos sean provisionales, durante los periodos de descanso que por tales situaciones se disfruten [...]”

<sup>119</sup> Artículo 3 del Real Decreto 295/2009, de 6 de Marzo sobre beneficiarios: “1. Serán beneficiarios del subsidio por maternidad los trabajadores, por cuenta ajena o por cuenta propia, cualquiera que sea su sexo, incluidos en el ámbito de aplicación de este capítulo [...] que reúnan la condición general de estar afiliados y en alta o en situación asimilada en algún régimen del sistema de la Seguridad Social y acrediten los periodos mínimos de cotización exigibles en cada caso.”

Leyes Civiles de las Comunidades Autónomas. Además, se consideraran como beneficiarios de dicha prestación los trabajadores por cuenta ajena cualquiera que sea su sexo que reúnan la condición general de estar afiliados y en alta o en situación asimilada en algún régimen del sistema de la Seguridad Social y acrediten los períodos mínimos de cotización exigibles en cada caso.

En definitiva, se quiere hacer saber que la maternidad presupone el parto de la mujer trabajadora, como atiende lo dispuesto en el mencionado anteriormente artículo 48.4 ET, y los supuestos llevados a cabo por la adopción y acogimiento. Es por ello que, entendemos que, la gestación por sustitución no encaja en estas previsiones legales ya que la madre que, en todo caso, puede acceder a la prestación por maternidad es aquella que gesta y da a luz a la criatura o la madre adopta, es decir, no la madre contratante del nacimiento sino la madre gestante o adoptiva (en todo caso).

A todo esto me resulta interesante tener consideración de que la situación de los padres comitentes o contratantes de la gestación por sustitución, una vez nacida la criatura, acontecen en un ejercicio muy similar al de un acogimiento o al de una adopción ya que no debemos olvidar que en ambos casos la criatura nace en el vientre de una mujer que, por unos motivos u otros, no será quien ejerza de su madre a lo largo de su vida. Pues bien, de igual modo sucede en las prácticas de la gestación por sustitución. Es por ello que no cabe lugar, en este sentido, a diferenciación alguna.

Ahora bien, tras lo mencionado cabe destacar las palabras que dedica CAROLINA GALA DURÁN<sup>120</sup> donde establece una interesante aclaración con la que me encuentro totalmente a favor y, es que la maternidad no persigue únicamente la función de proteger la integridad física de la madre después de haber dado a luz, sino que también tiene consideración de la salud del recién nacido. Es decir, dicha prestación no resulta únicamente del cuidado de la madre. En efecto, también vela por el cuidado del menor recién nacido y es por ello que esta prestación acontece a ambos. Una de las fases más importantes de la vida de un recién nacido es el primer contacto con el exterior y los primeros 9 meses de vida después del nacimiento (adaptación), conocido como

---

<sup>120</sup> GALA DURÁN, CAROLINA. (2014). *Permisos de paternidad o maternidad*. Pamplona: Editorial Aranzadi, SA. Pág.4.

extergestación<sup>121</sup>, ya que el recién nacido se enfrenta a un cambio muy grande dado a que la vida fuera del útero es muy distinta, y es por ello que requiere de cuidados similares a los que recibía estando dentro de él.

Para constatar lo mencionado con anterioridad podemos atender a lo que dispone la autora LAURA GUTMAN diciendo así; “Cuando pensamos en el nacimiento de un bebé, nos resulta evidente hablar de separación. El cuerpo del bebé, que estaba dentro de la madre, alimentándose de la misma sangre, se separa y comienza a funcionar de manera «independiente». Tiene que poner en marcha sus mecanismos de respiración, digestión, regulación de la temperatura y otros, para vivir en el medio aéreo. El cuerpo físico del bebé comienza a funcionar separado del cuerpo de la madre.”<sup>122</sup>

Tras lo expuesto cabe destacar que, aunque nuestra legislación contemple únicamente de ser beneficiarias de la prestación por maternidad a aquellas madres trabajadoras que dan a luz y, por lo tanto, a aquellas que ostentan la maternidad bajo la práctica de la gestación por sustitución no se les considerará como beneficiarias, me remito a las líneas expuestas con anterioridad a este párrafo estando totalmente de acuerdo con las palabras propiciadas por CAROLINA GALA DURÁN y por LAURA GUTMAN, ya que tomo consideración de que la maternidad es lo suficientemente importante en la vida de un ser humano como para tener sobre ella la relevancia que merece ya que debería considerarse como maternidad aquellos casos en los que prevalece la absoluta relevancia del cuidado del menor y no únicamente en caso de alumbramiento del menor.

### 3. La interpretación del TJUE

A continuación, valoraré en que se basan los Tribunales para otorgar (o no) la prestación por maternidad en situaciones llevadas a cabo mediante convenio de gestación por sustitución.

El 18 de marzo de 2014, dos sentencias del TJUE (Asuntos C-167/2012 y C-363/2012)<sup>123</sup> interpretaron que el Derecho de la Unión Europea no puede obligar a los

---

<sup>121</sup> Es la etapa comprendida entre los primeros 9 meses desde su nacimiento y es fundamental para la evolución cerebral, el desarrollo físico, emocional y psicológico del bebé. <http://salud360.cienradios.com>, se dedica a exponer estudios relacionados con la salud y el bienestar de las personas.

<sup>122</sup> GUTMAN, LAURA. (2008). *La maternidad y el encuentro con la propia sombra*. Barcelona: Editorial del Nuevo Extremo. Pág. 11.

<sup>123</sup> Asunto C-167/12 (petición de decisión prejudicial planteada por el *Employment Tribunal Newcastle upon Tyne* (Reino Unido) el 3 de abril de 2012 - C.D. / S.T.) y Asunto C-363/12 (petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Equality Tribunal (Irlanda), mediante resolución de 26 de julio de 2012, recibida en el Tribunal de Justicia el 30 de julio de 2012). Pág. 11.

Estados miembros a conceder un permiso de maternidad a aquellos trabajadores que se conviertan en padres de un menor a raíz de un convenio de gestación por sustitución.

### **3.1 STJUE, de 18 de marzo de 2014, Asunto C-363/12**

En el primero de los casos, Asunto C-363/2012<sup>124</sup> aporta un interesante matiz, como es el de añadir que la posible “discapacidad” de uno de los sujetos solicitantes que le impida tener hijos de manera biológica directa no constituye una discriminación por tal razón.

Trata de una mujer de nacionalidad irlandesa la cual carece de útero para gestar un hijo pero si es fértil y posee ovarios sanos. Antes esta situación ella y su marido acuden a California donde suscriben un contrato de gestación por sustitución aportando ambos material reproductivo. Una vez ha regresado a Irlanda solicita en su puesto de trabajo los permisos retribuidos correspondiente a maternidad y adopción, los cuales le son denegados.

El motivo de esta denegación se suscita en la falta de la ley nacional, irlandesa, aplicable ya que la maternidad subrogada no se encuentra regulada por el ordenamiento jurídico irlandés.

El TJUE establece que la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, en particular sus artículos 4 y 14; “debe interpretarse en el sentido de que no constituye una discriminación basada en el sexo el hecho de denegar la concesión de un permiso retribuido equivalente al permiso de maternidad a una trabajadora, en su calidad de madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución”. Es decir, no es el sexo de la persona lo que deniega la concesión del permiso, no hay posibilidad de que exista una discriminación por sexo ante esta cuestión y es que la denegación no puede perjudicar particularmente a las trabajadoras en relación con los trabajadores del sexo opuesto.

Por su parte, en relación a lo establecido por la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la

---

<sup>124</sup> En <http://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-363/12> puede encontrarse el texto íntegro de la sentencia.

seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia; el TJUE también rechaza un posible trato discriminatorio en torno a esta Directiva ya que esta madre ni ha estado embarazada ni ha dado a luz un hijo.

Otra de las posibilidades analizadas en la presente sentencia es la del permiso por adopción, en este caso el Tribunal hace referencia a la falta de aplicación de estos casos en el ámbito de la Directiva aplicable 2006/54, otorgando en su caso, a los Estados Miembros la libertad de conceder o no esta clase de permiso.

La peculiaridad de este caso, es el hecho de que la recurrente invoca un trato discriminatorio por discapacidad debido a su imposibilidad de gestar en su útero. El Tribunal deniega que pueda haber en este caso trato discriminatorio ya que si obedecemos a la definición de discapacidad que se da en la Directiva 2000/78, CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación; el cual sostiene que debe ser una limitación que afecte a una persona y la cual le obstaculice o impida una participación plena y efectiva en la vida profesional; podemos decir que en este caso no puede considerarse que el hecho de no poder gestar y dar a luz a un hijo pueda considerarse dentro de esta definición puesto que dicha situación no impide el acceso a la mujer a un empleo, ni tampoco le supone un impedimento a ejercerlo de manera habitual ni a progresar en el mismo. Hace una última referencia a la validez de la Directiva 2000/78 en relación con la Convención de la Organización de las Naciones Unidas- en adelante ONU- sobre los derechos de las personas con discapacidad, afirma que las disposiciones de dicha Convención no son incondicionales y carecen de efecto directo en el Derecho de la Unión, por lo tanto el Tribunal no puede analizar la validez de la Directiva respecto de la Convención, aunque sus preceptos deban ser interpretados en la medida de lo posible con esta Convención.

Finalmente, cabe destacar que la gran relevancia de las decisiones del TJUE de 18 de marzo de 2014, han sido admitidas por algunos Tribunales Españoles como es el caso del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en su Sentencia de 13 de Mayo de 2014<sup>125</sup> o la del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 4 de febrero de 2015<sup>126</sup>

---

<sup>125</sup> Tribunal Superior de Justicia de País Vasco 944/2014 (Sala de lo Social), de 13 mayo de 2014, AS\2014\1228. El TSJ considera que aunque el menor esté inscrito en el Registro Civil de un consulado

en las que se contempla la denegación de la prestación por maternidad fundada en la interpretación de la Directiva 92/85/CEE por el TJUE.

### 3.2 STJUE, de 18 de marzo de 2014, Asunto C-167/12

Por otra parte, el TJUE se pronuncia sobre otro caso similar -asunto C-167/2012<sup>127</sup> - en este supuesto la empelada de nacionalidad británica celebra un convenio de gestación subrogada conforme al artículo 54 del *The Human Fertilisation and Embryology Act*, mientras que su pareja si facilitó material reproductivo ella no lo hizo y obviamente no estuvo nunca embarazada. Al contrario que con el caso anterior, y de acorde con la legislación británica, ambos tienen atribuida la patria potestad del menor nacido a través del contrato de forma definitiva y permanente siendo jurídicamente sus padres.

La madre solicita en su puesto de trabajo un permiso retribuido que equivale al permiso de maternidad siéndole este denegado ya que estas retribuciones se encuentran reservadas a las la madre biológicas, y en este caso la mujer no lo es respecto de su hijo.

Ante esta negativa se vuelve a hacerse referencia a la discriminación por sexo que sufre la madre comitente del contrato de maternidad subrogada. El Tribunal vuelve a reiterar lo ya comentando anteriormente sobre el tema y es que no se puede considerar que esa madre subrogante haya sido objeto de una discriminación por razón de sexo en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra c), de la Directiva 2006/54. La razón de la denegación, indica el Tribunal, es que el objeto principal del permiso de maternidad al que tiene derecho la madre trabajadora es el de proteger la condición biológica de la mujer durante el embarazo para de esta manera evadir el acopio de cargas que se emanarían de ejercer su labor profesional y que si bien también hace referencia en relación a esta protección a las relaciones especiales entre la madre y el hijo, estos

---

español, esto no otorga derecho a la prestación por maternidad fundamentándose en la Directiva 92/85/CEE del Consejo (décima Directiva 89/391/CEE); “debe interpretarse en el sentido de que los Estados miembros no están obligados en virtud del artículo 8 de esa Directiva 89/391/CEE a conferir un permiso de maternidad a una trabajadora, en su calidad de madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución, incluso cuando puede amamantar a ese niño tras su nacimiento o lo amamanta efectivamente.”

<sup>126</sup> Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla 319/2015 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 4 febrero, AS\2015\720. El TSJ desestima el recurso interpuesto por un matrimonio homosexual al tratarse de gestación por sustitución fundamentándose en la Directiva 2006/54/CE; “c) de esa Directiva, debe interpretarse en el sentido de que el hecho de que un empleador deniegue un permiso de maternidad a una madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución no constituye una discriminación basada en el sexo.”

<sup>127</sup> En <http://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-167/12> puede encontrarse el texto íntegro de la sentencia.

vínculos según la propia jurisprudencia del TJUE abarcan al momento posterior “al embarazo y el parto”.

Además, este caso concreto presenta una particularidad y es que la madre a pesar de no serlo biológicamente respecto al hijo sí que lo amamanta. En estos casos sostiene el Tribunal que el permiso de maternidad con fundamento del artículo 8 de la Directiva 92/85 demanda que la trabajadora que se beneficie de él haya estado embarazada y haya dado a luz al niño, algo que no se da en este caso. Una trabajadora que ha sido madre gracias a un contrato de gestación por sustitución no entra en el ámbito de aplicación del artículo 8 de la Directiva 92/85, incluso cuando puede amamantar a ese niño tras su nacimiento o lo amamanta efectivamente. Por lo tanto, los Estados miembros no están obligados en virtud de ese artículo a conceder a esa trabajadora un permiso de maternidad.

Sin embargo, añade que la Directiva 92/85 instaura algunas exigencias mínimas sobre la protección de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o se encuentre en período de lactancia, por lo que esa Directiva no excluye en absoluto la facultad de los Estados miembros para aplicar o instaurar disposiciones legislativas, reglamentarias o administrativas más favorables para la protección de la seguridad y la salud de las madres subrogantes que hayan tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución, permitiendo que se beneficien de un permiso de maternidad en razón del nacimiento de ese niño. Estas disposiciones deben interpretarse en el sentido de que “los Estados miembros no están obligados en virtud del precepto citado a conferir un permiso de maternidad a una trabajadora, en su calidad de madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución, incluso cuando puede amamantar a ese niño tras su nacimiento o lo amamanta efectivamente”.<sup>128</sup>

### **3.3 Efectos de la doctrina del TJUE en la doctrina judicial española**

Resulta incuestionable que la decisión que adopta el Tribunal en ambos supuestos se ampara en la literalidad legal de las Directivas, y que no puede decirse que sean pronunciamientos contrarios a derecho, pero ello no quiere decir que no cree situaciones injustas y que éstas deban ser corregidas. Nos encontramos ante una figura jurídica, la gestación por sustitución, que se trata de un fenómeno familiar en expansión, y no se

---

<sup>128</sup> *Diario La Ley*, núm. 8283, Sección Jurisprudencia, 1 de Abril de 2014, Año XXXV: Editorial LA LEY.

debería optar desde una posición que restringe, sino desde una posición constructiva e inclusiva. Esta negativa por parte del Tribunal en ambos supuestos nos permite tener la oportunidad de observar el cambio jurisprudencial sufrido en España a este respecto con la doctrina del TJUE, lo que hace muy interesante el estudio de estas dos sentencias<sup>129</sup>.

Como hemos visto anteriormente, el Tribunal advierte que la Directiva 92/85/CEE establece las exigencias mínimas de protección de las embarazadas trabajadoras, sin excluir que los Estados miembro puedan ampliar esa protección a las madres subrogantes, así, parece lógico afirmar que, “un tribunal nacional no puede fundamentar el rechazo a la solicitud de prestación de la madre intencional basándose en la STJUE que ha resuelto la cuestión 167/12”<sup>130</sup>.

Por lo que respecta a la Directiva 2006/54/CEE, que reconoce la libertad a los Estados miembro para conceder o no un permiso de adopción, en la sentencia concluye el Abogado General que “cuando el Derecho nacional prevé el permiso retribuido por adopción (u otra forma de permiso que no dependa del requisito específico de que la persona interesada haya soportado un embarazo) debe incumbir al tribunal remitente valorar, a la luz de ese Derecho nacional, si la aplicación de normas distintas a los padres adoptivos y a los padres que han tenido a su hijo a través de un convenio de gestación por sustitución, constituye una discriminación”. De esta manera, teniendo en consideración a la apreciación del autor MORENO PUEYO, si nos encontramos en un país como España, que reconoce el derecho a la prestación por maternidad en los supuestos de adopción y acogimiento, si nos basamos en los pronunciamientos anteriores del TJUE para denegar el derecho a la prestación por maternidad a esas madres subrogantes, supondría una posible discriminación de los padres subrogantes en relación con los padres adoptantes y acogedores, pues es cierto que no hay discriminación por razón de sexo aludida, pero sí que la habría por razón del método escogido para ser padres, subrogación frente adopción.<sup>131</sup>

---

<sup>129</sup> DIAGO DIAGO, MARÍA DEL PILAR. (2014). La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 3. Pág. 257.

<sup>130</sup> MORENO PUEYO, MANUEL JOSÉ. (2015). La prestación de maternidad en los casos de maternidad subrogada. Estado de la cuestión tras los pronunciamientos del TJUE 18/03/2014, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 172. Pág. 3.

<sup>131</sup> MORENO PUEYO, MANUEL JOSÉ. (2015). La prestación de maternidad en los casos de maternidad subrogada. Estado de la cuestión tras los pronunciamientos del TJUE 18/03/2014, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 172. Pág. 3.

Traslada en este punto, también, MORENO PUEYO que, “En todo caso, las dudas sobre la posible constitucionalidad de la norma interna excluyente de la protección de la madre intencional deberían trasladarse al Tribunal Constitucional y no solventarse a través del recurso a la analogía y la constatación de una posible laguna legal”.

### 3.4 Doctrina científica respecto de la interpretación del TJUE

M<sup>a</sup> PILAR DIAGO<sup>132</sup>, cita textualmente que en ambos supuestos analizados por el TJUE, “existe un estado de necesidad lo suficientemente importante como para que se active la protección del menor en forma de concesión de prestación por maternidad para su cuidado. Un bebé requiere de asistencia y cuidado y ello es así con independencia de si el niño nace en España por un contrato declarado nulo o nace en otro país conforme a un derecho que acepta tales contratos. Por eso mismo, se requiere un desarrollo jurisprudencial que dé cobertura a esta situación, y que ponga el acento en el interés del niño y en la necesidad de paliar la situación no deseable que se generaría de no conceder tal prestación. Bien entendido que, por tanto, se extendería a ambos supuestos y no se generaría una discriminación intolerable entre trabajadores españoles residentes en España, pues el tratamiento sería el mismo: la concesión de la prestación en aras a la protección del menor, al margen de las circunstancias concretas que concurriesen en su nacimiento.

Es deseable que se logre un equilibrio en la determinación de las prestaciones sociales que garantice la protección del hijo en aras al cumplimiento del artículo 39 CE, sin que se rompa el principio de igualdad entre los posibles beneficiarios de tales prestaciones. Sin duda, la argumentación jurídica es complicada, pero enfocar toda la situación desde el interés superior del bebé y su estado de necesidad, puede ayudar a dar solidez jurídica a las soluciones hasta ahora adoptadas por nuestros Tribunales”.

Como bien expone la autora, resulta necesario primar el interés jurídico del menor frente a esta situación que se produce de no concesión del permiso de maternidad, pues se deja desprotegida la salvaguarda del menor. En base a ello, la legislación española, al incluir como situaciones de maternidad entendidas como no biológicas, a la adopción y el acogimiento, ha llegado a entender, que el permiso de maternidad no está sólo y únicamente pensado para el descanso y recuperación de la madre gestante, y por lo tanto

---

<sup>132</sup> DIAGO DIAGO, MARÍA DEL PILAR. (2014). Jurisprudencia del tribunal de justicia de la unión Europea, *Revista jurídica de Cataluña*, núm. 3. Pág. 831.

la que da a luz, sino que tiene además la misión de establecerse para crear un vínculo entre progenitor y menor y llevar a cabo el cuidado necesario del mismo, que en sus primeros meses de vida requiere.

En efecto, tendremos consideración del comentario realizado por ANTONIO TAPIA<sup>133</sup> respecto del pronunciamiento emitido por el mismo tribunal en dicha sentencia, del 18 de marzo de 2014, “El permiso de maternidad al que tiene derecho la trabajadora tiene por objeto, por una parte, la protección de la condición biológica de la mujer durante el embarazo y después de este, y, por otra parte, la protección de las especiales relaciones entre la mujer y su hijo durante el periodo que sigue al embarazo y al parto, evitando que la acumulación de cargas que deriva del ejercicio simultáneo de una actividad profesional perturbe dichas relaciones (SSTJUE de 12 de julio de 1984, Hofmann, asunto 184/83; de 20 de septiembre de 2007, Kiiski, asunto C-116/06; y de 19 de septiembre de 2013, BetriuMontull, asunto C-5/12)”.

Pues bien, puede destacarse similitud en las palabras de M<sup>a</sup> PILAR DIAGO ya que lo que quiere expresar el autor, es que para el caso de la gestación por sustitución, esa situación posterior al parto para la creación del vínculo y cuidado del menor en los casos de maternidad subrogada existe, pues es maternidad y, sin embargo, queda fuera por no entrar dentro de lo establecido por la propia Directiva, dejando totalmente desprotegido al menor en estos supuestos.

Además, también establece en su comentario que, parece que la doctrina del TJUE está más que asentada y que realmente no le ve la posibilidad de variación de la misma en un futuro.<sup>134</sup>

Siguiendo la misma línea de pensamiento, MARÍA DOLORES ORTIZ cita textualmente que “[...] uno de los principales objetivos de la política pública es proteger a la familia. Cada Estado garantiza la protección de la familia, fundamentalmente, a través de la creación de políticas de protección social [...] que tienen por objeto atender las tres finalidades propias de la acción social contemporánea: el bienestar social, la

---

<sup>133</sup> TAPIA HERMIDA, ANTONIO. (2014). En torno a la discriminación en la concesión de permisos por maternidad a madres subrogantes que han tenido un hijo gracias a un convenio por sustitución, *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, núm. 374. Pág. 135.

<sup>134</sup> TAPIA HERMIDA, ANTONIO. (2014). En torno a la discriminación en la concesión de permisos de maternidad a madres subrogantes que han tenido un hijo gracias a un convenio de sustitución, *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, núm. 374. Pág. 138.

justicia social y el orden social”<sup>135</sup>. A su vez viene a defender aquí, que, en un principio, la prestación social por maternidad se concebía como mecanismo para proteger la salud de la madre trabajadora en exclusiva, pero que con la entrada en vigor de la Ley 39/1999 para promover la conciliación de la vida familiar y laboral, esta concepción anterior sufrió un cambio, ahora la prestación por maternidad extiende su ámbito a la familia como unidad, no tiene ámbito de aplicación exclusiva sobre la madre trabajadora y su salud. Como bien manifiesta, “la prestación social por maternidad no se refiere en exclusiva a la madre trabajadora, sino que posibilita un reparto de responsabilidades familiares de la pareja, dirigidas al cuidado del hijo”.<sup>136</sup>

Por lo tanto, tras las palabras de la autora se observa que el mayor beneficiario es el menor y el mayor perjudicado de su no concepción es el propio menor también. Con todo ello, muestra su tendencia hacia un reconocimiento del derecho a la prestación pues, “La atención, el cuidado del menor y el estrechamiento de los lazos de los padres con su hijo constituye el “elemento prioritario” de esta prestación social [...]. La denegación de la prestación social a sus progenitores supone privar al menor de la asistencia y de la dedicación que necesita. Éste es también el motivo de que la institución jurídica de la adopción y el acogimiento familiar concedan a los progenitores el derecho a la prestación por maternidad/paternidad”<sup>137</sup>.

Por lo tanto, según ANTONIA SELMA, el reconocimiento del derecho a la prestación de maternidad en los supuestos de maternidad subrogada “se trata de una solución de compromiso que pretende únicamente adoptar un criterio respetuoso con los intereses del menor de edad, que deben ser en todo momento objeto de atención preferente, y que, en el caso de desconocimiento de los efectos jurídicos a esta forma particular de procreación, los hijos nacidos sin duda quedarían desprotegidos”<sup>138</sup>.

---

<sup>135</sup> ORTIZ VIDAL, MARÍA DOLORES. (2015). La gestación por sustitución y las prestaciones sociales por maternidad/paternidad en España y la novísima jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm.180. Pág. 2.

<sup>136</sup> ORTIZ VIDAL, MARÍA DOLORES. (2015). La gestación por sustitución y las prestaciones sociales por maternidad/paternidad en España y la novísima jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm.180. Pág. 2.

<sup>137</sup> ORTIZ VIDAL, MARÍA DOLORES. (2015). La gestación por sustitución y las prestaciones sociales por maternidad/paternidad en España y la novísima jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Núm. 180. Pág. 7.

<sup>138</sup> SELMA PENALVA, ANTONIA. (2014). Los nuevos retos de la prestación por maternidad ante los avances médicos en materia de reproducción asistida, *Revista Bioderecho.es*, Vol.1, núm.1. Pág. 11.

#### **4. Análisis jurisprudencial favorable a la concesión de la prestación por maternidad en casos de gestación por sustitución**

En efecto a lo mencionado hasta ahora, cabe tener consideración de que son diversos los pronunciamientos del Tribunal Supremo y de Tribunales Superiores de Justicia (TS y TSJ de aquí en adelante) que existen en referencia a la prestación de maternidad en casos de gestación por sustitución a favor del reconocimiento a dicha prestación en casos en los que se ha llevado a cabo esta práctica en un país extranjero en el que es de carácter legal. Es por ello que debemos poner en conocimiento estos pronunciamientos. Algunos se caracterizan por estar a favor y otros en contra<sup>139</sup>. No obstante, me centraré únicamente en aquellos pronunciamientos que se posicionan de manera favorable respecto del objeto de estudio ya que considero que es en consecuencia de éstos donde empieza a generarse la disputa existente entre los Tribunales. Es decir, la problemática aparece en el momento en el que entran en contradicción la Sala de lo Civil y la Sala de lo Social del TS en referencia a aquellos supuestos de gestación por sustitución.

Es por ello que tras una búsqueda exhaustiva de sentencias procederemos a su análisis.

##### **4.1 Pronunciamientos favorables de los Tribunales Superiores de Justicia**

Como veremos, la línea jurisprudencial del TS, con la que me posiciono muy a favor y que guarda relación con el último párrafo del apartado primero, y que no está estrictamente basada en la, nombrada con anterioridad, Instrucción de 5 de Octubre de 2010, es la de otorgar la prestación por maternidad en caso de gestación por sustitución en el extranjero puesto que se trata de una figura equiparada a la maternidad por nacimiento de hijo, tales como la adopción y el acogimiento familiar, claramente cotejadas por el legislador y, por lo tanto, se encuentran reguladas en nuestro

---

<sup>139</sup> En sentido contrario, denegando la prestación, se han pronunciado, entre otras, las siguientes sentencias: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla 319/2015 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 4 febrero (AS\2015\720), las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 612/2014, (Sala de lo Social, Sección 5ª), de 7 julio de 2014 (JUR\2014\244222); y Sentencias del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 885/2016 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 3 mayo de 2016 (JUR\2016\117724), Tribunal Superior de Justicia de País Vasco 944/2014 (Sala de lo Social), de 13 mayo de 2014 (AS\2014\1228). Que fundamentan su denegación de la prestación por maternidad en supuestos de gestación por sustitución fundada en la interpretación de la Directiva 92/85/CEE, relativa a “[...] la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE ), debe interpretarse en el sentido de que los Estados miembros no están obligados en virtud del artículo 8 de esa Directiva a conferir un permiso de maternidad a una trabajadora, en su calidad de madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución, incluso cuando puede amamantar a ese niño tras su nacimiento o lo amamanta efectivamente” por el TJUE.

ordenamiento jurídico como figuras que generan derecho a la suspensión del contrato de trabajo.

#### **4.1.1 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, de 20 de Septiembre de 2012**

Podemos tomar como ejemplo de lo mencionado con anterioridad respecto a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias (Sala de lo Social, Sección 1ª)<sup>140</sup> que trata de una pareja heterosexual de la cual la mujer solicitó la prestación de maternidad por parto, la cual le fue denegada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS de aquí en adelante) en base a que dicha prestación está dirigida a aquellas mujeres que han dado a luz, situación que no se ha producido pues el menor nació en el extranjero mediante gestación por sustitución. Aunque el Juzgado de Primera Instancia sí se la otorgó, el INSS recurrió en suplicación. Finalmente, el Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias otorgó la prestación de maternidad a la mujer, si bien la derivada de las figuras de acogimiento y adopción por aplicación analógica, pues no cabe otorgar la prestación de maternidad por parto al no haber dado a luz ésta.

Como puede apreciarse en ambos casos, el Tribunal Superior de Justicia se posiciona favorablemente respecto de la concesión de la prestación por maternidad a ambas parejas comitentes o contratantes de la gestación por sustitución, amparándose en que la situación en la que se encuentran es bien similar a los casos de acogimiento y adopción y es por ello que si esos casos se encuentran amparados bajo legalidad por nuestro ordenamiento jurídico para poder ser beneficiario de dicha prestación, en los casos de gestación por sustitución también debe poderse contemplar la posibilidad de que los sujetos que quieren beneficiarse de dicha prestación, puedan hacerlo.

#### **4.1.2 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 18 de Octubre de 2012**

Otro supuesto muy similar al anterior es el que acontece en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección 4ª)<sup>141</sup>. El supuesto enjuiciado es el siguiente: una pareja de homosexuales se les denegó por parte del INSS el disfrute

---

<sup>140</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias 2320/2012, (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 20 de septiembre de 2012 (AS 2012/2485).

<sup>141</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 668/2012, (Sala de lo Social, Sección 4ª), de 18 de octubre de 2012 (AS 2012, 2503).

de la prestación de maternidad por parto en base a que, al ser ambos varones, era biológicamente imposible que cualquiera de ellos pudiera beneficiarse de tal prestación. Dicha pareja, que había tenido a la menor en Los Ángeles (EE.UU) mediante gestación por sustitución, inscribieron en el Registro Civil español la filiación biológica determinada en la sentencia judicial extranjera en virtud de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010. Ante la denegación de la prestación, interpusieron demanda, fallando el Juzgado de Primera Instancia que no había lugar al disfrute de la prestación de maternidad por parto pues la razón de ser de ésta es el descanso y la interrupción del contrato de trabajo para aquella mujer que ha dado a luz, situación que no se ha producido al ser ambos varones. Por otro lado, la pareja de varones no había solicitado el acogimiento o la adopción de la menor, pues constaban inscritos como padres biológicos de ésta, luego tampoco cabía aplicar por analogía estas figuras y otorgar la prestación. Finalmente, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid falló a su favor y les otorgó la prestación de maternidad en base a que, si bien es verdad que no puede otorgarse la prestación de maternidad por parto al no haber dado a luz ninguno de ellos, no es menos cierto que puede otorgarse por analogía la prestación de maternidad derivada de acogimiento y adopción pues cumple la misma finalidad: el cuidado del menor.

A todo ello, se le añade que en caso de gestación por sustitución la condición de madre o padre, en su caso, “no se ostenta por ser sujeto que ha contribuido físicamente a dar a luz sino que viene otorgada porque así figura en el Registro Civil en su condición de sujeto que ha obtenido esa posición por virtud de una filiación conseguida mediante gestación por sustitución”<sup>142</sup>.

Por último, quiero tener en cuenta la aportación de VELA SÁNCHEZ respecto de esta sentencia, que dice así: “Madre y filiación son hoy en día conceptos mucho más amplios que el de origen biológico”. Quiero añadir que me encuentro muy a favor de estas palabras ya que me parece muy cierta esta apreciación porque el término maternidad y paternidad no solo acontece en aquellos supuestos biológicos. En efecto, no me resulta oportuno que así sea ya que dicha figura no puede considerarse de inferior envergadura por el simple hecho de no ser madre/padre biológico de la criatura, sino que en casos de

---

<sup>142</sup> VELA SÁNCHEZ, ANTONIO JOSÉ. (2017). La gestación por sustitución en las Salas de lo Social del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia. *A propósito de la prestación por maternidad en los casos de nacimientos derivados de convenio gestacional*. *Diario La Ley*, núm. 8927, Sección Doctrina, Editorial Wolters Kluwer. Pág. 3.

acogimiento, adopción e incluyendo los supuestos de gestación por sustitución, yendo más allá del hecho biológico, se dan otra serie de factores de suma importancia respecto del menor que si que acontecen con indiferencia de cuál ha sido la situación que se ha dado para concebir esa maternidad/paternidad.

#### **4.1.3 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Palmas de Gran Canaria, de 7 de julio de 2014**

Siguiendo en líneas jurisprudenciales, atendemos a otra sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Palmas de Gran Canaria (Sala de lo Social)<sup>143</sup>, que versa sobre la contratación de gestación por sustitución en Ucrania, en la cual la madre gestante renuncia de la patria potestad y del derecho de descanso por maternidad (renuncia expresa por escrito) y el padre contratante hace solicitud de la correspondiente prestación por maternidad (asumiendo así la situación de solicitante de dicha prestación) la cual le es denegada por parte del INSS amparándose en el artículo 133 LGSS (nombrada numerosas veces con anterioridad y actual artículo 177 LGSS) al no constar como ninguna de las situaciones que en él se protegen a efectos de dicha prestación.

Posteriormente, contra dicha sentencia el padre de los dos neonatos, interpone Recurso de Suplicación que será impugnado por la dirección legal del INSS.

Una vez más, en los fundamentos de derecho se menciona el poco sentido que tiene el hecho de invocar el artículo 10 de la LRHA ya que ésta no es una norma reguladora de la prestación de paternidad ni tiene por objeto condicionar la atención a los menores. También se fundamenta, como hemos podido observar en otras sentencias mencionadas con anterioridad, en que lo dispuesto en el artículo 133 de la LGSS sobre las situaciones que se consideran como protegidas bajo legalidad española (maternidad, adopción y acogimiento preadoptivo) pero que en ningún momento se hace referencia a qué situaciones podemos interpretar legalmente como paternidad ya que no se hace hincapié en que sea a raíz del parto de la criatura.

Respecto de la suspensión del contrato laboral con causa maternal o paternal, amparándonos en los artículo 45.1 y 48.4 del ET (también nombrados con anterioridad) se dispone que; “en relación con la suspensión del contrato con reserva de trabajo cuando alude al supuesto de parto, a la opción de la interesada, a la madre y al otro

---

<sup>143</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias 1259/2014 (Sala de lo Social), 7 de Julio de 2014. (Id. Cendoj: 35016340012014101196).

progenitor, así como la referencia a los supuestos de adopción y de acogimiento, de acuerdo con el artículo 45.1.d) de dicho Estatuto, y también a ambos progenitores cuando los dos trabajen, a lo que cabe añadir, la suspensión del contrato causada por paternidad del trabajador regulada en el artículo 48 bis, diferenciándose entre el supuesto de parto, en que la suspensión corresponde en exclusiva al otro progenitor, y los supuestos de adopción o acogimiento, en que este derecho corresponderá sólo a uno de los progenitores, a elección de los interesados.” En el caso que nos ocupa, la madre gestante (biológica) renuncia de su derecho de descanso por maternidad, así que puede entenderse que el padre de las criaturas (progenitor) tiene el derecho de disfrutar de esa suspensión contractual por motivo de paternidad. No debe olvidarse que dicha prestación no vela únicamente por la recuperación y por el cuidado de la madre una vez ha dado a luz, sino que también se vela por el interés superior del menor, la atención que requiere el mismo y la conciliación de las responsabilidades familiares.<sup>144</sup>

En definitiva, el Tribunal Superior de Justicia, en este supuesto hace dos claras diferenciaciones respecto de la llegada de un neonato a una unidad familiar y es que no solo existen los casos en los que éste llega de manera biológica, sino que también existen en numerosas ocasiones aquellas situaciones en las que éste llega a la unidad familiar de manera adoptada o como acogida preadoptiva, es decir, sin haber habido de por medio parto biológico pero que de igual modo se ven afectados por esa nueva configuración familiar pero desde otra perspectiva y relación con el sujeto que la motiva. Además no debemos hacer omisión a que la situación a la que se enfrentan las personas que contratan la gestación por sustitución, es muy similar a aquellas personas que se enfrentan a un proceso de adopción o acogimiento familiar. En el caso que nos ocupa, el padre ejerce como progenitor “B” ya que se le ha otorgado porque así figura en el Registro Civil en su condición de sujeto que ha obtenido esa posición por virtud de una filiación conseguida mediante "gestación por sustitución".

Se hace consideración a llevar a cabo el examen del contenido de la propia prestación de maternidad por parto y sus diferencias con la maternidad por adopción y la posición que en una y otra ocupa el "progenitor", como análisis que podría despejar cualquier invocación de trato discriminatorio, toda vez que en la prestación de maternidad por parto es la "madre biológica" la que tiene reconocido el derecho y sólo en contadas

---

<sup>144</sup> Fundamento de derecho tercero.

situaciones y circunstancias el legislador permite que pueda transferirse ese derecho al "otro progenitor", que en este caso es el padre que reclama el derecho a ser beneficiario de la prestación por maternidad, que lo obtendrá como tal derecho de maternidad y por existir madre biológica, de tal suerte que el otro progenitor jamás es beneficiario directo del derecho prestacional e incluso jamás podrá disponer de determinado periodo que la norma reserva exclusivamente para la madre. Su condición de progenitor no le otorga la de madre biológica de la que trata el ámbito de protección de la Seguridad Social cuando se refiere a la maternidad como situación protegida en los términos expuestos anteriormente y relacionados con los derechos de suspensión del contrato de trabajo.

Por lo tanto, y con todo lo expuesto hasta ahora, quedaría por determinar en qué posición puede situarse al demandante dentro del derecho prestacional que demanda ya que como bien expone el Tribunal: "La finalidad que la maternidad por parto contempla la norma y a la que se adapta el propio régimen jurídico que la misma tiene establecido, no es equiparable con la situación que ostenta el demandante, porque, además de la finalidad que se persigue con esta concreta protección (salud de la madre, antes y después del parto, además de la de su atención al nacido), su situación, en relación con el hijo, no sería en modo alguno semejante a aquella en la que se encuentra la mujer que va a alumbrar un hijo, incluso aunque aquél mantuviera vínculo biológico con éste, que le colocaría en la posición de progenitor pero no en el de madre o madre biológica que utiliza el ET y la LGSS." Pues bien, cabe reiterar que junto a la maternidad por parto existe la maternidad por adopción y acogimiento familiar, donde los sujetos beneficiarios son los que la norma identifica como "progenitores" de esa clase. En efecto, el demandante y su pareja no han acudido a esta figura jurídica para establecer la relación familiar con su hijo y, por tanto, parece que no podría entenderse, en principio, que les fuera de aplicación ese régimen. Es decir, en principio no podría entenderse como progenitores ya que no han acudido a esta figura jurídica para que se establezca la relación familiar con la criatura. Pero debemos tener consideración, de igual modo, que aunque la maternidad derivada de la condición de progenitor inscrito como tal en el RC y en virtud de una gestación como la que se contempla, es cierto que no está contemplada en la LGSS ni está desarrollada en el RD 295/2009, de 6 de marzo (ya nombrado con anterioridad), pero si es cierto que los supuestos guardan semejanza en la posición que ocupan respecto de aquellos progenitores que así se ostentan mediante una adopción o un acogimiento.

Llegados hasta aquí, puede apreciarse una fundamentación clara y es la gran semejanza que existe en una situación llevada a cabo mediante adopción o acogimiento familiar y una situación en la que se lleva a cabo la gestación por sustitución. Por lo tanto, a la conclusión a la cual llega este Tribunal es que se ostenta una situación como si de una adopción se tratase.

Y por último, hace mención al concepto de familia monoparental que la acción protectora de la Seguridad Social, en su artículo 17.2 del Real Decreto 295/2009, antes citado, diciendo que: "Se entenderá por familia monoparental la constituida por un solo progenitor con el que convive el hijo nacido y que constituye el sustentador único de la familia", y que como prestación por maternidad de carácter no contributivo. Lo que se pretende aclarar con este término, es que de no haber mantenido el demandante una relación de pareja o matrimonial con otra persona, esta figura quedaría comprendida en el supuesto de familia monoparental, ya que la situación a proteger es la misma y la persona que debe beneficiarse tiene también similar posición, ante la inexistencia de adopción o acogimiento familiar pero con inscripción registral de la filiación y sin madre por naturaleza conocida.

En efecto, se menciona también la Directiva 96/34/ CE del Consejo, de 3 de junio<sup>145</sup>, relativa al Acuerdo Marco sobre el permiso parental, que guarda una gran relevancia respecto del asunto en cuestión ya que prevé el permiso parental y la ausencia del trabajo por motivos de fuerza mayor como medio importante para conciliar la vida profesional y familiar y promover la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres.

En definitiva, puede entenderse que la argumentación por la cual este Tribunal se posiciona de manera favorable respecto del objeto de estudio es la siguiente:

“Primero: El artículo 48.4 del E.T no dispone que la opción de la madre haya de ser realizada en el momento de solicitar el subsidio, sino que exige que se efectúe en el

---

<sup>145</sup> Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio, relativa al acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES. (DOUE núm. 145, de 19 de junio de 1996, páginas 4 a 9). En su cláusula segunda reguladora del permiso parental dice; “1. En virtud del presente Acuerdo, y sin perjuicio de la cláusula 2.2, se concede un derecho individual de permiso parental a los trabajadores, hombres o mujeres, por motivo de nacimiento o adopción de un hijo, para poder ocuparse del mismo durante un mínimo de tres meses hasta una edad determinada que puede ser de hasta ocho años y que deberán definir los Estados miembros y/o los interlocutores sociales. 2. Para promover la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres, las partes firmantes del presente Acuerdo consideran que el derecho de permiso parental previsto en la cláusula 2.1 debe concederse, en principio, de manera no transferible.

momento de iniciar el descanso por maternidad.” Que de todos modos, cabe recordar que la madre mediante escrito renunció a la patria potestad del nacido y a su derecho de descanso por maternidad.

“Segundo: El artículo 48.4 del E.T regula la suspensión del contrato (el epígrafe es: "suspensión con reserva de puesto de trabajo"), por maternidad y el subsiguiente derecho al descanso de la madre y, en su caso del padre (tras la Ley Orgánica 3/2007 "del otro progenitor").” Es decir, como no podía ser de otra manera, dado que es una norma que regula las relaciones laborales, las relaciones entre el empresario y la trabajadora y, en su caso, el trabajador, reconociéndoles el derecho al descanso por maternidad.

“Tercero: El citado precepto establece, como requisito para que parte de este derecho a la suspensión del contrato -descanso por maternidad- sea disfrutado por el padre, que la trabajadora opte "al iniciarse el periodo de descanso" porque el padre disfrute de una parte del descanso, opción que ha de comunicarse en ese momento al empresario. Tal obligación de comunicar la opción al empresario aparece en clara sintonía con lo dispuesto en la cláusula 2 de la Directiva 96/34/CE, anteriormente transcrita, y se justifica por la necesidad que tiene el empresario de conocer el periodo de tiempo en que la trabajadora va a estar disfrutando del permiso de maternidad, si lo va a disfrutar en su totalidad o sólo en parte, para poder hacer sus previsiones respecto a la organización del trabajo, sustitución de la trabajadora, contratación de otro trabajador.”

“Cuarto: El artículo 133 ter de la LGSS<sup>146</sup>, ni en la redacción vigente en el momento del hecho causante ni en la redacción actual, exige como requisito para que el padre tenga derecho a percibir parte del subsidio por maternidad, que la madre haya optado, "al iniciarse el periodo de descanso de maternidad", porque parte de este descanso lo disfrute el padre.”

“Quinto: El RD 12351/01, de 16 de noviembre<sup>147</sup>, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo, en su artículo 4, establece los requisitos exigidos, no fijando entre ellos que

---

<sup>146</sup>Actual artículo 177 de la Ley General de la Seguridad Social, última actualización el 26 de noviembre de 2016.

<sup>147</sup> Real Decreto que estuvo vigente hasta el 1 de abril de 2009. Actualmente es el capítulo 3º del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, 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.

la madre opte por que el padre perciba el subsidio por maternidad al iniciarse el periodo de descanso por maternidad. Ciertamente el artículo 13 de dicha norma, regulador del procedimiento para el reconocimiento del derecho a la prestación por maternidad señala que " expresamente, las solicitudes deberán contener el motivo de las mismas, la fecha de inicio y la distribución prevista del periodo de descanso de cada uno de los beneficiarios, así como los datos relativos a la empresa o empresas, si se tratase de trabajador por cuenta ajena ", pero no dispone que si no se efectúa tal determinación en la solicitud realizada por la madre, ello comporte que no se pueda, con posterioridad, comunicar a la Entidad Gestora que el padre va a comenzar el disfrute del descanso y periodo durante el que lo va a disfrutar.”

Y además, señala a modo de conclusión que: “las normas han de ser interpretadas a la luz de lo establecido en el artículo 4 de la LO 3/2007<sup>148</sup>, que dispone que "la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, es un principio informador del ordenamiento jurídico y como tal se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas", norma que, si bien es cierto que es posterior a la fecha del hecho causante, se limita a reforzar el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo proclamado en el artículo 14 de la Constitución ."

Es por ello, que solo queda constatar que este Tribunal concluye que, bajo renuncia expresa por parte de la madre biológica de los menores a su patria potestad y a su derecho al descanso por maternidad, este será hecho que de la posibilidad al padre y demandante a optar a solicitar la prestación por maternidad. Debe hacerse hincapié que esta fundamentación se encuentra en algunas otras sentencias que se han mencionado a lo largo de la investigación pero que este alto Tribunal adopta, además, la importancia de la conciliación de la vida laboral y familiar e impera en la relevancia efectiva de la igualdad entre mujeres y hombres ya que no se protege únicamente el derecho del padre a disfrutar, en este caso de sus dos hijos, sino que además está en juego la protección de los propios menores (cuestión que retoma suma importancia ya que está presente para todos los Tribunales que se encuentran a favor de dicha concesión) y de la institución de la familia.

---

<sup>148</sup> Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. (BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2007).

Además de que en el caso que ocupa, que se trata de un varón, no debemos olvidar que las prestaciones por maternidad también cubren otras situaciones como la adopción o acogimiento de niños o niñas y que la madre puede transferir al padre una parte de ellas. En ciertos casos, cuando la madre biológica no puede disfrutarlas, por ejemplo si fallece, "se transfieren al padre, como debe hacerse en esta ocasión".

Para acabar, el TSJ, falla estimando el recurso interpuesto por el padre y demandante y declara el derecho al actor de percibir la prestación por maternidad y por el período y la cuantía económica legalmente prevista.

El Tribunal Constitucional (TC) desde la STC, de 2 de julio (RTC 1981,22)<sup>149</sup>, que recoge la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el Artículo 14 del Convenio Europeo, viene declarando que el principio de igualdad no implica siempre un tratamiento igual, con abstracción de cualquier, elemento diferenciador sino tan solo cuando se introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales, sin ofrecer una justificación objetiva y razonable, pues , lo que prohíbe el principio de igualdad son, en suma las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundamentadas en criterios objetivos y razonables, precisando también que es necesario para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos. Al equiparar la maternidad subrogada a otras situaciones protegidas por el derecho español como la adopción o el acogimiento preadoptivo, permanente o simple, el hecho de que esta no se trate de una manera igualitaria supone una vulneración al mencionado principio porque la diferente naturaleza de las instituciones no justifica la denegación del subsidio.

Por lo tanto, al reconocer que la maternidad por sustitución es equiparable a las demás situaciones de hecho perseguidas, la denegación de sus efectos cuando responde a la misma causa, supone una vulneración del principio de igualdad porque la diferente naturaleza de las instituciones no justifica la denegación del subsidio lo que implica la estimación de la demanda que implica la condena a la empresa en cuanto empleador a cumplir con los requisitos formales necesarios para determinar la fecha de inicio.

---

<sup>149</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 22/1981, de 2 de Julio de 1981. (RTC 1981\22).

## 4.2 La postura del Tribunal Supremo

Viendo la posición de los diferentes TSJ sobre la posibilidad de acceder a las prestaciones de Seguridad Social por gestación por sustitución, era muy esperado el pronunciamiento del TS que procediese a la unificación de criterios contradictorios y diese respuesta a si es posible reconocer prestaciones en estos casos, al igual que se prevé para los casos de maternidad y paternidad.

En efecto, se entiende que esta unificación aparece con las sentencias del Pleno de la Sala 4ª del Tribunal Supremo, de 25 de Octubre de 2016<sup>150</sup> y de 16 de Noviembre de 2016<sup>151</sup>, mediante las cuales el TS se decanta en la especial protección del menor que se inserta en la nueva familia y considera que ambos comitentes pueden pasar a una situación de suspensión de la relación laboral y, en consecuencia de ello, de las correspondientes prestaciones que la Seguridad Social otorga, con independencia de que la situación protegida en este caso, gestación por sustitución, no figure expresamente en las situaciones previstas en el artículo 48.4 del ET o en el artículo 177 de la LGSS acudiendo, así, al principio de analogía y poniendo solución a la situación con la misma solución que el ordenamiento de la Seguridad Social prevé o facilita para los supuestos de adopción y acogimiento familiar.

### 4.2.1 La STS de 25 de Octubre 2016

En primer lugar, atenderemos a lo dispuesto en el pronunciamiento del Tribunal Supremo, (Sala 4ª de lo Social), de 25 de Octubre de 2016. En ella podremos apreciar en esta dos posturas contrapuestas que hacen referencia a la concesión, o no, de la prestación al trabajador solicitante y las argumentaciones que nos encontramos en cada una de ellas, donde el supuesto enjuiciado es el reconocimiento a un trabajador, siendo

---

<sup>150</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de Madrid 881/2016 (Sala Social), de 25 de Octubre de 2016 (Id Cendoj: 28079149912016100036). Recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 15 de septiembre de 2015, en el recurso de suplicación nº 2299/2015, interpuesto frente a la sentencia dictada el 17 de diciembre de 2014 por el Juzgado de lo Social nº 2 de Mataró, en los autos nº 193/2014, seguidos a instancia de D. Juan Enrique contra dicho recurrente, sobre prestaciones de seguridad social de maternidad.

<sup>151</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de Madrid 953/2016 (Sala 4ª de lo Social), de 16 de Noviembre de 2016 (Id. Cendoj: 28079149912016100035). Recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 7 de Julio de 2014, en el recurso de suplicación nº 3146/2014, interpuesto frente a la sentencia dictada el 2 de diciembre de 2013 por el Juzgado de lo Social nº 31 de Madrid, en los autos nº 1035/2013, seguidos a instancia de Dª Cristina y D. José Enrique contra Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social, sobre prestación de maternidad.

padre biológico mediante contrato de gestación por sustitución, cuyas hijas constan inscritas en el Registro Civil del Consulado de España en Nueva Delhi.

El trabajador reclama al INSS la prestación por el nacimiento de sus dos hijas y descanso por maternidad con fecha de inicio idéntica a la del nacimiento. Mediante Resolución de 6 de noviembre de 2013 el INSS rechaza la petición del interesado, argumentando que no concurre ninguna de las situaciones protegidas por el artículo 177 de la LGSS<sup>152</sup>. Es decir, es rechazada argumentando que no se trata de ninguna de las situaciones protegidas por el ordenamiento jurídico: ni maternidad, ni adopción, ni acogimiento. Mediante Resolución de 9 de mayo de 2014 se desestima también la reclamación previa, con base en los mismos fundamentos.

Tras demanda judicial del trabajador en materia de prestaciones de Seguridad Social, el Juzgado de lo Social nº 2 de Mataró, dicta sentencia el 17 de Diciembre de 2014, (proc. 193/2014) desestimatoria de la demanda dirigida por el trabajador solicitante de la prestación contra el INSS. Frente a esa sentencia formula dicho trabajador recurso de suplicación ante el TSJ de Cataluña denunciando la infracción de diversos preceptos: artículo 177 LGSS (nombrado numerosas veces con anterioridad); artículos 45.1.d y 48.4 ET (causas y efectos de suspensión del contrato de trabajo donde se contempla la maternidad y la paternidad como suspensión contractual) artículo 2.2 del RD 295/2009 de 6 de marzo (sobre que se consideraran jurídicamente equiparables a la adopción y al acogimiento preadoptivo aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y el acogimiento preadoptivo cuya duración no sea inferior a un año, cualquiera que sea su denominación) y artículo 10.2 de la Ley 14/2006 (Ley de Reproducción Humana Asistida).

El recurso de suplicación interpuesto por el trabajador fue estimado por el TSJ de Cataluña mediante sentencia de fecha 15 de Septiembre de 2015 que reconoció al actor el derecho a percibir la prestación de maternidad, condenando al INSS al pago del 100%

---

<sup>152</sup> Artículo 177 de la Ley General de la Seguridad Social sobre situaciones protegidas: “A efectos de la prestación por maternidad prevista en esta Sección, se consideran situaciones protegidas la maternidad, la adopción y el acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año, y aunque dichos acogimientos sean provisionales, durante los períodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48.4 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y en el artículo 30.3 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la reforma de la función pública.”

de la base reguladora durante 18 semanas, al tratarse de un parto múltiple, así como el subsidio especial por cada hijo a partir del segundo durante el periodo de 6 semanas inmediatamente posteriores al parto con efectos del 31 de octubre de 2013.

La STSJ de Cataluña fue recurrida por el INSS ante el TS, mediante recurso de casación para la unificación de doctrina, bajo la consideración por parte del mismo de que tanto las normas de la Unión Europea (Directiva 92/85/CEE)<sup>153</sup>, las previsiones internas sobre la Seguridad Social (artículo 177 LGSS), relaciones laborales (artículo 48.4 ET) y Reproducción Asistida (artículo 10 LTRHA), así como sobre el Registro Civil (artículo 23 de su Ley, artículo 981 LEC) conducen a desestimar la pretensión. Además alega que resulta erróneo conferir protección social a una institución opuesta al orden público español.

Por su parte el trabajador, impugna el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por el INSS por entender que no existe contradicción entre las sentencias comparadas, porque los argumentos y enfoques asumidos por los dos Tribunales han sido diversos.

Así mismo rechaza que una perspectiva eurocomunitaria sirva para descartar la protección de referencia, dado que el ordenamiento de la UE posee carácter mínimo y puede ser mejorado por los diversos Estados miembros.

Además, puesto que la prestación de maternidad puede ser disfrutada por ambos progenitores y el demandante es el único que ejerce la patria potestad, no se comprende el rechazo de lo solicitado. En efecto, se tiene consideración del artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social<sup>154</sup> que para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina exige que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal

---

<sup>153</sup> Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE). (DOUE núm. 348, de 28 de noviembre de 1992, páginas 1 a 8).

<sup>154</sup> Ley 36/2011, de 10 de octubre, (BOE núm. 245 de 11 de Octubre de 2011) reguladora de la jurisdicción social sobre finalidad del recurso en su artículo 219: “1. El recurso tendrá por objeto la unificación de doctrina con ocasión de sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, que fueran contradictorias entre sí, con la de otra u otras Salas de los referidos Tribunales Superiores o con sentencias del Tribunal Supremo, respecto de los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación donde, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos.”

Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales".

Es interesante destacar la posición mantenida por el Ministerio Fiscal en el recurso de casación para la unificación de doctrina. El 16 de junio de 2016 emite su Informe, inclinándose por el mantenimiento del criterio acogido en la sentencia recurrida (STSJ de Cataluña de 15 de Septiembre de 2015). El escrito examina la doctrina del Tribunal de Estrasburgo (TEDH) y de la Sala Primera de este Tribunal Supremo. A juicio del Ministerio Público, la respuesta a la solicitud de prestaciones debe ser positiva por la finalidad de la norma laboral -lo que sería suficiente- y porque también nuestro Tribunal Supremo civil insta al Fiscal, a los recurrentes y a las autoridades públicas competentes a encontrar una solución partiendo de la relación familiar "de facto" y que permita el desarrollo y protección de estos vínculos.

La sentencia recurrida, la STSJ Cataluña 5214/2015, de 15 septiembre, da la razón al trabajador solicitante sobre las prestaciones de maternidad como consecuencia de toda una serie de argumentos, y que son los siguientes: "La inscripción en el Registro Civil de la filiación configura una situación análoga a la adopción o al acogimiento en la que se reconoce el derecho a prestación de maternidad cualquiera que sea el sexo del solicitante. Nuestra legislación es más favorable que la de la UE y por ello no se aplica la STJUE de 18 de marzo de 2014<sup>155</sup>: hay disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más beneficiosas que el contenido de mínimos de la Directiva

---

<sup>155</sup> Sentencia Tribunal de Justicia, 18 de Marzo de 2014, nº C-363/12 de "Cuestión prejudicial acerca de si una madre subrogante con discapacidad que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución tiene derecho a un permiso de maternidad o equivalente. No constituye una discriminación por motivo de discapacidad ni por motivo de sexo el hecho de denegar la concesión de un permiso retribuido equivalente a un permiso de maternidad o un permiso por adopción a una trabajadora incapacitada para gestar a un niño y que ha recurrido a un convenio de gestación por sustitución." Sentencia de Tribunal de Justicia, 18 de Marzo de 2014, nº C-167/12 "Procedimiento prejudicial. Directiva 92/85/CEE – Medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia – Artículo 8 – Madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución – Negativa a concederle un permiso de maternidad – Directiva 2006/54/CE – Igualdad de trato entre los trabajadores y las trabajadoras – Artículo 14 – Trato menos favorable de una madre subrogante en lo que atañe a la atribución de un permiso de maternidad".

92/85/CEE, de 19 de octubre. La Ley 14/2006 no regula la prestación por maternidad, ni tiene que condicionar la atención a los menores.”

Además debe tenerse consideración de que cuando una norma colisiona con el principio o cláusula general del interés superior del menor y con el de igualdad con independencia del nacimiento, su aplicación (e incluso su neutralización) debe realizarse conforme a las exigencias derivadas de un principio general prioritario, el del interés superior del menor.

Debe asumirse una interpretación generosa del artículo 2 del Real Decreto 295/2009 que considera jurídicamente equiparables a las figuras de adopción y acogimiento preadoptivo diversas instituciones. Así que con estas líneas podemos retomar lo mencionado en las sentencias del Tribunal Superior de Justicia nombradas con anterioridad<sup>156</sup> que basan su criterio en la consideración de ser jurídicamente equiparables la situaciones que se presentan en las sentencias a las de la figura de adopción y acogimiento preadoptivo. Consideración a tener muy en cuenta y que comparto.

Por estas razones la sentencia, TSJ de Cataluña 15 de Septiembre de 2015, estima el recurso de suplicación del Sr. Juan Enrique y le reconoce la prestación de maternidad (durante 18 semanas al tratarse de un parto múltiple) y el subsidio especial por segundo hijo (de 6 semanas inmediatamente posteriores al parto) con efectos a la fecha de la solicitud.

Llegados a este punto, cabe reiterar que lo que da pie al reconocimiento de la prestación al trabajador por parte de los tribunales, versa especialmente haciendo soporte en el artículo 2 del Real Decreto 295/2009, mencionado reiteradas veces con anterioridad.

Hasta aquí puede apreciarse que existen dos posiciones; por una parte la mantenida por el INSS y por otra, la mantenida por diversos TSJ. Es por ello, que daremos paso a repasar cuales cuáles son los principales argumentos desplegados por ambas.

---

<sup>156</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 668/2012, (Sala de lo Social, Sección 4ª), de 18 de octubre (AS 2012, 2503) y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias 2320/2012 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 20 de septiembre (AS 2012/2485).

Por un lado, tenemos el argumento de la posición contraria a la concesión de la prestación al trabajador solicitante de ella<sup>157</sup>. La Entidad Gestora se fundamenta en que las prestaciones reclamadas no pueden concederse argumentándose así; “Es consecuencia inescapable de lo preceptuado por el artículo 6, apartados 3 y 4 del CC, el artículo 23 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, el artículo 981 de la LEC y el artículo 10 de la LTRHA. El artículo 133 bis LGSS<sup>158</sup> establece como situaciones protegidas por maternidad, la propia maternidad natural, la adopción y el acogimiento, tanto preadoptivo, como permanente o simple, pero no la maternidad por subrogación.” Además se fundamenta en que: “De haberlo querido, el legislador habría contemplado el supuesto y no lo ha hecho. Lo mismo sucede con el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo.” Dando a entender que si en nuestra legislación no se tiene consideración alguna sobre la gestación por sustitución es porque así se quiere que sea por parte de nuestros legisladores.

Además se predispone que: “El contrato de gestación por sustitución del que trae causa el derecho al permiso de maternidad, así como su correspondiente prestación, es plenamente nulo y fraudulento. La mera inscripción registral de la filiación no puede crear efectos constitutivos para una situación nula de pleno Derecho.

La prestación económica por maternidad trata de proteger a la mujer trabajadora, siendo el interés del menor una consecuencia, pero no el principal bien protegido.

La finalidad de la protección de la maternidad por parto no es equiparable con la de gestación por sustitución, porque la finalidad que se persigue con esta concreta protección es diferente: salud de la madre, antes y después del parto, además de la de su atención al nacido.” Donde quiere aclararse que la finalidad de dicha prestación es única y exclusivamente para la protección y el cuidado de la madre que da a luz y, de una manera secundaria, la del nacido.

Pero por otro lado, tenemos la argumentación que se encuentra a favor de que la concesión de la prestación por maternidad en casos de gestación por sustitución también cumpla sus efectos<sup>159</sup>. Y es que, se argumenta que: “La finalidad de la prestación de maternidad está relacionada no solo con el descanso obligatorio y voluntario por el

---

<sup>157</sup>Fundamento de derecho octavo.

<sup>158</sup> Última actualización el 25 de noviembre de 2016. Actualmente en la LGSS se contempla como el artículo 177.

<sup>159</sup> Fundamento de derecho octavo.

hecho del parto, sino también con la atención o cuidado del menor. Es el interés superior del menor el que debe llevar a respetar su derecho a disfrutar plenamente de su vida familiar y privada ex art. 8 en relación con el 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950.” Es interesante además, tener consideración de una anotación que se hace en referencia al progenitor; “La condición de progenitor no se ostenta por ser sujeto que ha contribuido físicamente a dar a luz sino que viene otorgada porque así figura en el Registro Civil en su condición de sujeto que ha obtenido esa posición por virtud de una filiación conseguida mediante gestación por sustitución.” Lo que se viene defendiendo hasta ahora es el interés superior del menor y hacer una aclaración de lo que supone la condición de progenitor. Además, la argumentación sigue con la posibilidad de aplicar el principio de analogía<sup>160</sup> para adopción o acogimiento, trasladándolo a los casos de gestación por sustitución, es decir, como se entiende de la existencia de una laguna legal respecto de la gestación por sustitución, podría aplicarse la normativa reguladora de las situaciones de adopción y acogimiento preadoptivo dada la similitud de las situaciones.

Además, la argumentación sigue; “Los problemas sobre constancia registral del progenitor biológico no deben privar al menor de la atención, bienestar y cuidado que su persona merece y que constituye un elemento prioritario de la prestación por maternidad en nuestra legislación.” Y por último, hace hincapié en que; “Carece de sentido invocar la Ley 14/2006, de 26 de mayo (RCL 2006, 1071), pues no es una norma reguladora de la prestación, ni tiene por objeto condicionar la atención a los menores, cuestión ajena a la petición de prestación económica de la Seguridad social.”

Una vez expuestas las motivaciones y argumentaciones de ambas posturas, me parece razonable, antes de seguir con el estudio de esta interesante sentencia del Tribunal Supremo, establecer una postulación por mi parte ante todo lo expuesto hasta ahora.

---

<sup>160</sup> Principio de analogía: “Técnica y procedimiento de autointegración de las normas jurídicas, que descansa en el entramado lógico de un ordenamiento, conforme con la cual el principio o la regla previstos para un caso o situación concreta puede extenderse a otro, que guarda con el primero una gran semejanza o identidad de ratio”. La actual redacción del Título Preliminar del Código Civil reconoce expresamente la analogía como método de integración, al fijar el artículo 4.1 de dicho texto legal, que «procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecia identidad de razón». Con referencia a esta norma, la doctrina parece de acuerdo en considerar que abre la puerta a la analogía *legis*, lo que no excluye la analogía *iuris*, que, implícita en los Principios Generales del Derecho, opera como directa fuente del Derecho e informadora del ordenamiento; ref. disposición transitoria 13 CC. (V. principios generales del Derecho; norma jurídica).

Lo cierto es que me posiciono con la argumentación favorable respecto de dicha prestación ya que, como he expuesto con anterioridad, a mi parecer la situación en la que se encuentra una persona contratante de la gestación por sustitución es muy similar a la de una persona que lleva a cabo una adopción o un acogimiento familiar, ya que en ninguno de los casos la criatura es gestada por la persona con la que va a convivir y, que es cierto que esa persona no da la vida de manera biológica pero no por ello puede ponerse en tela de juicio que se trate o no de maternidad o paternidad ya que si que será la persona que se encargue de su protección y sus cuidados y eso, en muchos casos, está muy por encima del gesto de dar a luz a una criatura. Ahora bien, respecto de la mención que se hace en referencia a la LTRHA, creo que es muy acertada ya que es cierto que en dicha Ley en ningún momento se hace mención a ninguna prestación facilitada por parte de la Seguridad Social en una situación como la de la gestación por sustitución así que, por ello, no puede tenerse consideración de ella para el tema que aborda dicha sentencia.

Llegados a este punto, es interesante recordar que lo que se pretende en este sentencia es determinar si el trabajador solicitante, padre comitente o contratante de la gestación por sustitución tiene derecho a percibir las prestaciones de maternidad que la Seguridad Social española.

Otro asunto que acontece y que tiene una gran relevancia respecto del asunto en cuestión es el hecho de que quien reclama, en este caso, la prestación es el padre biológico de las neonatas, y esto aumenta las razones para poder acceder a ello ya que es una realidad que si que se contempla por la LGSS<sup>161</sup>.

Y es que tras lo expuesto no podemos hacer caso omiso a que en casos de gestación por sustitución la madre gestante (biológica) hace renuncia de su patria potestad y es por ello que, en este caso, el trabajador solicitante y padre biológico de las criaturas es quien está en condiciones de disfrutar del permiso por maternidad (aquí podemos remitirnos de nuevo al artículo 3.2 del RD 295/2009).

Finalmente, el TS falla desestimando el recurso de casación interpuesto por el INSS y se declara la firmeza de la sentencia STSJ Cataluña de 15 de septiembre, que resuelve el

---

<sup>161</sup> Artículo 3.2 del Real Decreto 295/2009 contempla el fallecimiento de la madre biológica y, ante su ausencia y la supervivencia del menor, opta por transferir al padre (siendo compatible con el subsidio por paternidad) la prestación económica por maternidad.

recurso de suplicación nº 2299/2015, alegando como sentencia de contraste la Sentencia del Tribunal Superior del País Vasco de 13 de mayo de 2014 , la cual denegaba prestaciones por maternidad en un caso parecido a las personas comitentes, alegando que: “Los Estados no están obligados a conferir un permiso de maternidad a una trabajadora, en su calidad de madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución, incluso cuando puede amamantar a ese niño tras su nacimiento o lo amamanta efectivamente, y además, dicha disposición no constituye una discriminación basada en el sexo.”

Los argumentos utilizados por el TS para llegar a referido fallo son los siguientes:

“1.- El Convenio Europeo de Derechos Humanos y las SSTEDH 26 junio 2014 o 27 enero 2015 amparan el derecho a la inscripción de menores nacidos tras gestación por sustitución en ciertos casos pero no condicionan el derecho a la protección social. Además, el ordenamiento español posee cauces (adopción, investigación de la paternidad) para mitigar las consecuencias de la negativa a la inscripción registral.

2.- De las diversas Directivas de la UE que influyen sobre el tema y de las SSTJUE de 18 marzo 2014 se desprende que la cuestión examinada es ajena a las mismas. No es discriminatorio (ni por razón de sexo, ni por discapacidad) rechazar el permiso por maternidad o las prestaciones asociadas en estos casos. Tampoco es exigible lo contrario desde la perspectiva de la seguridad y salud laborales. Tales conclusiones no impiden que el ordenamiento español abrace solución contraria, dado el carácter de norma mínima que poseen la Directivas.

3.- La Sala Primera del Tribunal Supremo considera que las normas civiles españolas que declaran nulo el contrato de maternidad por subrogación impiden que pueda inscribirse como hijos de quienes han recurrido a esa técnica a los habidos en un tercer Estado, aunque exista resolución judicial (o equivalente) que así lo manifieste. Pero advierte que si los menores poseen relaciones familiares de facto Debe partirse de tal dato y permitir el desarrollo y la protección de esos vínculos.

4.- La actual regulación legal (LGSS) y reglamentaria (RD 295/2009) omite la contemplación de estos supuestos pero no es tan cerrada como para impedir su interpretación en el sentido más favorable a los objetivos constitucionales de protección al menor, con independencia de su filiación, y de conciliación de vida familiar y laboral.

5.- Existiendo una verdadera integración del menor en el núcleo familiar del padre subrogado, las prestaciones asociadas a la maternidad han de satisfacerse, salvo

supuestos de fraude, previo cumplimiento de los requisitos generales de acceso a las mismas.

6.- Cuando el solicitante de las prestaciones por maternidad, asociadas a una gestación por subrogación, es el padre biológico y registral de las menores existen poderosas razones adicionales para conceder aquéllas.”

#### 4.2.2 La STS de 16 de Noviembre de 2016

En segundo lugar, tomaremos consideración del pronunciamiento que se lleva a cabo por el mismo Tribunal en la Sentencia, de 16 de Noviembre de 2016, (Sala 4ª de lo Social), donde el caso enjuiciado es el siguiente: la interesada y su esposo efectuaron, en el Estado de California, un contrato de gestación subrogada con otra mujer. Posteriormente, solicitan al INSS las prestaciones por maternidad, que son denegadas al considerar la Entidad gestora que la gestación de un menor por útero subrogado no constituye una situación protegida a los efectos de la prestación de maternidad, criterio denegatorio que se mantiene en la contestación a la correspondiente reclamación previa.

Contra esta resolución, se presenta demanda judicial al considerar que el criterio administrativo supone un desconocimiento de los artículos 14 y 39 de la CE<sup>162</sup>, siendo resuelta negativamente por la sentencia del Juzgado de lo Social nº 31 de Madrid. Se presenta recurso de suplicación y se resuelve de manera desestimatoria mediante la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 7 de julio de 2014, señalando que, aunque la Sala en supuestos semejantes había posibilitado el acceso a las prestaciones por maternidad, sin embargo, en esta ocasión tiene en cuenta el contenido de la Sentencia del Tribunal Superior del País Vasco de 13 de mayo de 2014 (citada con anterioridad), apoyada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, para adoptar ahora una posición contraria, denegando, en los supuestos de gestación por substitución, el derecho de los padres comitentes a acceder a las prestaciones por maternidad.

---

<sup>162</sup> Artículo 14 de la Constitución Española 1978: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.”

Artículo 39 de la Constitución Española 1978: “1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.”

Seguidamente, se interpone recurso de casación para la unificación de doctrina, recurso que es objeto de resolución a través de la STS de 16 de noviembre de 2016.

Cabe mencionar que la desestimación del recurso del suplicación interpuesto por la demandante no solo se respalda en la nombrada Sentencia del Tribunal Superior del País Vasco, sino que también atiende a las dos sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el 18 de marzo de 2014, asuntos c-167/2012 y c-363/2012, donde entendió que no procede reconocer el derecho a la prestación de maternidad solicitada. Lo que más reitera de dichas sentencias es la Directiva 92/85 /CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992<sup>163</sup>, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, el artículo 14 de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006<sup>164</sup>, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación y la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000<sup>165</sup>, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

Creo considerar oportuno hacer mención de lo que se dispone en la Sentencia Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 13 de Mayo de 2014, ya que como puede apreciarse se ha tenido en consideración en varias ocasiones, y esta dice así: “SUBSIDIO POR MATERNIDAD. GESTACIÓN SUBROGADA. Los Estados no están obligados a conferir un permiso de maternidad a una trabajadora, en su calidad de

---

<sup>163</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de Noviembre de 2016. Fundamento de derecho primero: “La Directiva 92/85 /CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, debe interpretarse en el sentido de que los Estados miembros no están obligados en virtud del artículo 8 de esa Directiva a conferir un permiso de maternidad a una trabajadora, en su calidad de madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución, incluso cuando puede amamantar a ese niño tras su nacimiento o lo amamanta efectivamente.”

<sup>164</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de Noviembre de 2016. Fundamento de derecho primero: “El artículo 14 de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006 , relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, puesto en relación con el artículo 2, apartados 1, letras a) y b), y 2, letra c), de esa Directiva, debe interpretarse en el sentido de que el hecho de que un empleador deniegue un permiso de maternidad a una madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución no constituye una discriminación basada en el sexo.”

<sup>165</sup> Sentencia Tribunal Supremo, de 16 de Noviembre de 2016, Fundamento de derecho primero: “La Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, debe interpretarse en el sentido de que no constituye una discriminación por motivo de discapacidad el hecho de denegar la concesión de un permiso retribuido equivalente a un permiso de maternidad o un permiso por adopción a una trabajadora incapacitada para gestar a un niño y que ha recurrido a un convenio de gestación por sustitución.”

madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución, incluso cuando puede amamantar a ese niño tras su nacimiento o lo amamanta efectivamente, y además, dicha disposición no constituye una discriminación basada en el sexo.” A lo que PANIZO ROBLES argumenta que: “parece que la extensión de la protección social por maternidad, en los casos en que la misma venga derivada de una gestación por sustitución, va a requerir una solución de *lege ferenda*, sin que quepa aplicar soluciones intermedias de aplicación analógica como se venía realizando hasta ahora por los juzgados y tribunales españoles”.<sup>166</sup> Es decir, lo que nos quiere hacer saber este autor con su pronunciamiento en base a la sentencia citada del TSJ del País Vasco, es que la extensión de la protección social por maternidad en supuestos de gestación por sustitución, que se encuentra actualmente en situación de *lege lata*, y por ello, atendiendo a que debe atenerse a lo que está establecido en ella, necesita o requiere de *lege ferenda* para suprimir los trastornos que ello ocasiona. En definitiva, siempre que un precepto legal se encuentra en *lege lata*, podrá hacerse una recomendación con motivo de una futura reforma de la ley para acabar con la problemática o trastornos que este precepto ocasiona (*lege ferenda*), y es por ello que PANIZO ROBLES tiene en consideración ambas figuras en el caso que nos ocupa (respecto de la extensión de la protección de prestación por maternidad), dada la necesidad de acabar con la aplicación del principio de analogía y la exhaustiva necesidad de una regulación que acabe con la problemática actual existente. En definitiva, el autor reclama una regulación al respecto de la prestación por maternidad en supuestos de gestación por sustitución que ponga fin a dicha situación.

Pero el Tribunal Supremo, siguiendo en líneas de la Sentencia que abarca este apartado de la investigación (STS 16 de Noviembre 2016), hace pronunciamiento a ello llevando a cabo su fundamento con la normativa aplicable<sup>167</sup>; Convención de derechos del niño artículo 2 y 3<sup>168</sup>, Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las

---

<sup>166</sup> PANIZO ROBLES, JOSE ANTONIO. (2014). La maternidad por contrato de sustitución sigue sin estar amparada por la acción protectora de la Seguridad Social. *Revista de información laboral*, núm. 5, parte Art. Doctrinal.

<sup>167</sup> Sentencia Tribunal Supremo, de 26 de Noviembre de 2016. Fundamento de derecho octavo.

<sup>168</sup> Convención sobre los derechos del niño, artículo 2: “Todos los derechos deben ser aplicados a todos los niños sin excepción alguna y es obligación del Estado tomar las medidas necesarias para protegerle de toda forma de discriminación”

Artículo 3: “Todas las medidas respecto del niño deben estar basadas en la consideración de su interés superior”.

Libertades Fundamentales artículo 8<sup>169</sup> atendiendo a que: “No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”. Artículos 10.2<sup>170</sup> y 39.2 de la CE, alegando con estos que: “Los niños gozarán de la protección prevista en los Tratados Internacionales que velan por sus derechos”. Artículo 45.1 y 48.4 ET, artículo 133 LGSS (actual articulado 177 LGSS), alega también respaldándose en el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural con su artículo 2.2.

Además el recurrente alega que existe infracción de los artículos 133 bis y 133 ter (actual 177 LGSS) de la LGSS en relación con los artículos 14 y 39 de la Constitución Española y añade que la finalidad última de la acción protectora de estos artículos 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 de maternidad a la actora, ya sea con base en la maternidad o aplicando por analogía la adopción o el acogimiento.<sup>171</sup>

Finalmente este Tribunal responde remitiendo a la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014, recurso 245/2012, donde se estableció que: “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 de familia 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”. Por lo tanto, solo cabrá añadir que en acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal y del TEDH, si tal núcleo familiar existe actualmente, si los menores tienen relaciones familiares "*de facto*" con los recurrentes, la solución que haya de buscarse tanto por los

---

<sup>169</sup> Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.”

<sup>170</sup> Artículo 10.2 Constitución Española de 1978: “las normas constitucionales relativas a los derechos fundamentales y a las libertades públicas se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre estas materias ratificados por España.”

<sup>171</sup> Sentencia Tribunal Supremo, 26 de Noviembre de 2016. Fundamento de derecho noveno.

recurrentes como por las autoridades públicas que intervengan, habría de partir de este dato y permitir el desarrollo y la protección de estos vínculos.

Además no debemos hacer omisión de la consideración de este Tribunal al establecer que de no otorgarse la protección por maternidad teniendo consideración a la doble finalidad que tiene al menor nacido tras un contrato de gestación por sustitución, se produciría una discriminación en el trato dispensado a éste, por razón de su filiación, contraviniendo lo establecido en los artículos 14 y 39.2 de la CE, disponiendo este último precepto que los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley, con independencia de su filiación.

Por último, en atención a la situación del menor: “nacido tras una gestación por sustitución e inscrito en el Consulado de España en Los Ángeles, deriva de una resolución judicial extranjera - sentencia de 4 de abril de 2013 dictada por la Corte Suprema de California declarando que el *nasciturus* Casimiro, es hijo de Doña Cristina (actora) y de D. Jose Enrique - cuya finalidad y efectos pueden considerarse similares a los previstos para la adopción y el acogimiento”.

Como podemos apreciar en dicha sentencia sigue las líneas de la similitud que existe en el asunto con las situaciones de adopción y acogimiento y la reiteración del interés superior del menor. Este pronunciamiento del TS sostiene su argumentación con firmeza, entre otros preceptos, en los pronunciamientos del TEDH y es esto lo que le lleva a estimar y a posicionarse de manera favorable respecto de la demanda presentada por la parte actora contra el INSS donde se reclama derecho al disfrute de la prestación por maternidad aunque esta se haya cometido mediante convenio de gestación por sustitución.

En definitiva, tras este pronunciamiento del Tribunal Supremo, puede destacarse que se considera que el interés superior del menor debe modular las consecuencias de la ineficacia contractual, de modo que, como dice la indicada sentencia: “nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución, establecida en el art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, no supone que al menor que nace en esas circunstancias se le priven de determinados derechos. Hay que distinguir dos planos perfectamente diferenciados, a saber, el atinente al contrato de gestación por sustitución y su nulidad legalmente establecida y la situación del menor, al que no puede perjudicar la nulidad

del contrato”.<sup>172</sup> Es decir, el TS, defiende respecto de la concesión de la prestación por maternidad que ésta debe aprobarse en casos de gestación por sustitución en consideración del interés del superior del menor como criterio primordial.

## **5. Concurrencia de argumentos en la fundamentación de la jurisprudencia**

Como hemos podido apreciar tras todo lo expuesto hasta ahora, existen concurrencias respecto de la fundamentación de los pronunciamientos de los diferentes Tribunales que se han mencionado en este estudio.

Por ello creo considerar oportuno realizar una recopilación de cuales han sido esas fundamentaciones que han llevado a cabo esta existente concurrencia.

### **Constitución Española de 1978**

En primer lugar, mencionaremos lo establecido en el artículo 14 de la Constitución Española donde se establece que: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.” Guardando relación con lo que dispone el artículo 39 CE donde se establece que: “1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.” Por lo tanto, puede entenderse que se tiene consideración de ambos artículos en lo que corresponde a los asuntos de gestación por sustitución en referencia al interés superior del menor donde se mantiene que los niños gozarán de la protección prevista en los Tratados Internacionales que velan por sus derechos.

---

<sup>172</sup> VELA SÁNCHEZ, ANTONIO JOSÉ. (2017). La gestación por sustitución en las Salas de lo Social del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia. *A propósito de la prestación por maternidad en los casos de nacimientos derivados de convenio gestacional*. *Diario La Ley*, núm. 8927, Sección Doctrina, Editorial Wolters Kluwer. Pág. 3.

### Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 4 de Noviembre de 1950

Lo cierto es que, acontece que el artículo 8 de dicho Convenio regulador del respeto por el derecho a la vida privada respecto de las niñas nacidas por gestación por sustitución en el extranjero, diciendo así; “En efecto, por un lado no hay ninguna duda de que los cónyuges actores se han ocupado como padres de los niños desde el nacimiento de estos, viviendo juntos de un modo que no se diferencia en nada de la “vida familiar” en su acepción habitual.” El TEDH, Tribunal al que hay que tener una especial consideración respecto del tema en cuestión por lo que provocaron sus pronunciamientos considera que el hecho de no reconocer la filiación de un niño afecta e influye al interés superior del menor y que éste es un criterio que opera con de manera imperante en toda decisión.

Es por ello, que este Tribunal considera que el no reconocimiento de la relación de filiación entre niños nacidos mediante gestación por sustitución en el extranjero y las parejas que han acudido a ésta práctica, afecta propiamente a los niños ya que el derecho al respeto a la vida privada, que implica dicho Convenio, incluida su filiación se encuentra gravemente afectada. En efecto, el alto Tribunal plantea una incompatibilidad entre las situaciones llevadas a cabo por la práctica de la gestación por sustitución en un país extranjero y el interés superior del menor (cuyo respeto ha de estar presente siempre ante cualquier decisión que les afecte). Es por ello, que se entiende la existencia de un antes y un después respecto de nuestros Tribunales en consecuencia del pronunciamiento del TEDH. En definitiva, para nuestro Tribunal, el interés superior del menor ha de llevar al juez a una aplicación del mismo *in extenso*, teniendo en cuenta, además, que la normativa interna establece que todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado, de modo que, en la aplicación de dicha ley ha de primar el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

### Ley 14/2006, de 26 de Mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida

En primer lugar, puede decirse que una apreciación que ha tenido lugar en los pronunciamientos varios que se han expuesto con anterioridad es el hecho de tener en consideración de la Ley 14/2006, de 26 de Mayo, sobre las Técnicas de Reproducción

Humana Asistida (LTRHA) ya que lo cierto es que se hace remite a ella para constatar que es en su artículo 10 donde queda expuesto que: “1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.” Pero hemos de recordar que el tema que nos aborda no es si los contratos de gestación por sustitución cumplen o no con su legalidad en nuestro país, sino que el tema en cuestión que nos acontece es el derecho, o no, al disfrute de la prestación por maternidad-paternidad en asuntos de gestación por sustitución y este precepto el articulado de la nombrada Ley no lo regula, es por ello que no cumple con sus efectos el hecho de tener consideración sobre él para el tema que nos acontece.

Sin dejar atrás el mismo artículo, no podemos hacer caso omiso a lo que se expone en su apartado tercero, diciendo así: “3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.” Por ello, debemos tener consideración de que en aquellas situaciones en las que el padre contratante de la gestación por sustitución es el mismo portador del material genético, debería existir la posibilidad de que su derecho a la paternidad cumpliera efectos y que, por lo tanto, éste pudiera acceder al disfrute de la prestación del sistema de la Seguridad Social que le corresponde (paternidad).

### [Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de Octubre \(Estatuto de los Trabajadores\)](#)

A continuación tendremos consideración de dos artículos del Estatuto de los Trabajadores. En primer lugar, atendemos a lo que dispone el artículo 45 sobre las causas y los efectos de la suspensión contractual: “1.d) “Maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural de un menor de nueve meses y adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que su duración no sea inferior a un año, aunque éstos sean provisionales, de menores de seis años o de menores de edad que sean mayores de seis años cuando se trate de menores discapacitados o que por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes.” Es por ello que retomando lo anteriormente expuesto respecto de la similitud que existe con la situación de adopción o acogimiento preadoptivo, puede entenderse que, estableciendo

nuevamente el principio de analogía, en casos de gestación por sustitución también cumple efectos la suspensión contractual a la cual se refiere este artículo.

Además también es interesante retomar una apreciación que se ha llevado a cabo en el presente estudio como es la exterogestación que es la etapa comprendida entre los primeros 9 meses desde su nacimiento y es fundamental para la evolución cerebral, el desarrollo físico, emocional y psicológico del bebé, de aquí la importancia de que la suspensión contractual cumpla sus efectos también en casos de gestación por sustitución ya que, de igual modo que en un parto biológico, esta etapa tiene un valor fundamental en el desarrollo de la criatura.

En segundo lugar, el artículo 48 referente a la suspensión contractual con reserva de puesto de trabajo, también mencionado numerosas veces expone: “En los supuestos de adopción y de acogimiento [...] la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliable en el supuesto de adopción o acogimiento múltiples en dos semanas por cada menor a partir del segundo. Dicha suspensión producirá sus efectos, a elección del trabajador, bien a partir de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, bien a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, provisional o definitivo, sin que en ningún caso un mismo menor pueda dar derecho a varios períodos de suspensión. En caso de que ambos progenitores trabajen, el período de suspensión se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, siempre con períodos ininterrumpidos y con los límites señalados.” Es por ello que reiteramos a lo mencionado con anterioridad haciendo referencia a la similitud que existe en una situación llevada a cabo mediante gestación por sustitución, adopción y/o acogimiento preadoptivo dado que en estos casos tampoco ha existido parto pero que sí que es objeto de protección por el ordenamiento laboral (en virtud de lo establecido en el citado artículo 48 ET).

### **[Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de Octubre \(LGSS\)](#)**

Debe tenerse especial consideración, también, al artículo 177 de la LGSS que versa sobre las situaciones protegidas en los asuntos de maternidad (artículo 133 LGSS antes de la última actualización) ya que se menciona en numerosas ocasiones. Veamos el motivo de su popularidad respecto del asunto que acontece. En él se expone: “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, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año, durante los períodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en los apartados 4, 5 y 6 del artículo 48 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y en el artículo 49. a) y b) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.” Que como se ha mencionado con anterioridad, guarda relación de similitud con el RD 295/2000, de 6 de Marzo y es por ello que no es necesario dar lugar a reiteración.

Pero al respecto de este artículo si cabe tener consideración de que otros fallos de los Tribunales Superiores de Justicia afirman expresamente que “aunque en el ordenamiento de la Seguridad Social no se prevea de forma expresa, y dentro de las situaciones protegidas a efectos de las prestaciones por maternidad, a la maternidad subrogada, ello no es óbice para el reconocimiento de esa cobertura, ya que ese precepto se refiere a la maternidad, pero sin que la califique, de forma exclusiva, como “maternidad biológica” (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Las Palmas de 7 de julio de 2014 mencionada a lo largo del estudio). Es decir, hacen una interpretación extensiva que engloba no solo a la maternidad con parto, sino también a la gestación por sustitución, que se integraría junto a las situaciones de adopción o acogimiento familiar preadoptivo.

#### [Real Decreto 295/2009, de 6 de Marzo](#)

En primer lugar, debe tenerse consideración de que su contenido es considerado en numerosas ocasiones por aquellos Tribunales que se posicionan de manera favorable respecto el objeto de estudio y que concurren en interpretación.

Cabe destacar que lo que se destaca de este Real Decreto son los artículos 2 y 3. En el artículo 2 se hace referencia a las situaciones protegidas respecto del subsidio por maternidad de carácter contributivo diciendo así: “1. A efectos de la prestación por maternidad, se consideran situaciones protegidas la maternidad, la adopción y el acogimiento familiar, tanto preadoptivo como permanente o simple, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las comunidades autónomas que lo regulen, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año, y aunque dichos acogimientos sean provisionales, durante los periodos de descanso que por tales situaciones se disfruten [...]” Es cierto que, como bien puede apreciarse y como bien se apoyan los Tribunales que se posicionan en contra de la concesión de dicha prestación

en situaciones de gestación por sustitución, en ningún momento se tiene en consideración la gestación por sustitución como situación protegida para beneficiarse de dicho subsidio, pero tampoco se expone en ningún articulado que la presente situación quede fuera de algún tipo de derecho respecto de los sujetos comitentes como puede ser el disfrute del subsidio por maternidad (ya que no debemos olvidar que la Ley 14/2006 no es una norma reguladora de este precepto). Por todo ello, aparece la consideración de la existencia una laguna legal (ya que no existe regulación alguna para el presente asunto) y, en efecto, en casos de existencia de lagunas legales se aplica el principio de analogía (principio general del derecho del cual se hablará en el siguiente apartado con más profundidad).

Respecto del artículo 3 que se refiere a los beneficiarios de dicho subsidio, cabe tener consideración de que: “1. Serán beneficiarios del subsidio por maternidad los trabajadores, por cuenta ajena o por cuenta propia, cualquiera que sea su sexo, incluidos en el ámbito de aplicación de este capítulo [...] que reúnan la condición general de estar afiliados y en alta o en situación asimilada en algún régimen del sistema de la Seguridad Social y acrediten los periodos mínimos de cotización exigibles en cada caso.” Por lo tanto, como no se hace mención alguna, a favor o en contra, de que con exclusividad podrán beneficiarse aquellos trabajadores que cumplen con los requisitos establecidos legalmente que hayan accedido a la maternidad-paternidad de manera biológica, mediante adopción o acogimiento preadoptivo, se entiende que podemos estar ante una laguna legal, nuevamente, y es por ello que se adopta por acatar el principio de analogía y, en este caso dada la similitud existente de la gestación por sustitución y la adopción o acogimiento en términos de la madre gestante (o biológica) no es quien ejercerá la maternidad de la criatura y que ésta pertenecerá a una unidad familiar distinta del núcleo de la madre biológica, se accede a la aplicación de los derechos establecidos para estos casos.

Se entiende que lo expuesto en este Real Decreto, guarda relación con lo expuesto en el artículo 177 de la LGSS.

## Principio de analogía

Creo considerar conveniente dedicar un subapartado, también, a dicho principio ya que está muy presente en las fundamentaciones a favor del objeto estudiado.

Como se ha expuesto anteriormente, el principio de analogía es un principio general del derecho y se aplica cuando existe una laguna legal referente algún asunto. Si revisamos lo que se expone sobre ella en la enciclopedia jurídica encontramos: “Técnica y procedimiento de autointegración de las normas jurídicas, que descansa en el entramado lógico de un ordenamiento, conforme con la cual el principio o la regla previstos para un caso o situación concreta puede extenderse a otro, que guarda con el primero una gran semejanza o identidad de ratio”. Además, la actual redacción del Título Preliminar del Código Civil reconoce expresamente la analogía como método de integración, al fijar el artículo 4.1 de dicho texto legal, que “procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecia identidad de razón”. Con referencia a esta norma, implícita en los Principios Generales del Derecho, opera como directa fuente del Derecho e informadora del ordenamiento; ref. disposición transitoria 13 Código Civil.

Por lo tanto, para el Tribunal, la cobertura prestacional en relación con la maternidad, no se va a dirigir solamente a los supuestos de maternidad biológica, ya que el período de descanso (y de prestación de la Seguridad Social), de 16 semanas, tiene una doble finalidad, mientras que, por una parte, se dirige a la recuperación, seguridad y salud de la madre, también tiene como objetivo básico la protección de las especiales relaciones entre la madre y su hijo, durante el periodo posterior al nacimiento del menor. Pero, incluso, en los supuestos de adopción o acogimiento familiar, aunque no haya que proteger la salud de la madre, sin embargo también se reconoce el mismo período de 16 semanas, en orden a permitir el desarrollo de las especiales relaciones entre la madre (padre) y su hijo, durante el periodo posterior al nacimiento del menor.

Pues estas relaciones entre los familiares y el menor también se van a producir en un caso de nacimiento por maternidad subrogada, debiéndose proteger igualmente y de la misma manera que lo son los supuestos de adopción y acogimiento, considerando, también, que la propia normativa de la Seguridad Social considera jurídicamente equiparables a la adopción y/o al acogimiento, las instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad y efectos jurídicos

sean los previstos para la adopción o el acogimiento, similitud que puede aparecer en las situaciones de gestación por sustitución.

## Conclusiones finales

Tras el estudio realizado me gustaría destacar que los tribunales españoles otorgan esta prestación en los supuestos de gestación por sustitución aunque la normativa española de la Ley General de la Seguridad Social y el RD 295/2009, no lo contemplan expresamente. Pero cabe tener consideración de que tampoco puede apreciarse exclusión alguna. Es por ello, que solo cabe la posibilidad de apreciar que existe una laguna legal. Pero la importancia no solo versa en estas líneas, sino que también hay que tener conocimiento de cuál es la razón que lleva a los tribunales a otorgar esta prestación en dichas situaciones. Pues bien, solo cabe atender a que la razón existente es la de dar protección por maternidad a quien ostente la condición de progenitor de un menor ante una situación distinta a la de la adopción o acogimiento preadoptivo, pero que resulta muy similar, pero que además se ostenta la condición de progenitor por haberse llevado a cabo la correcta inscripción en el Registro Civil de la filiación existente entre el nacido y el demandante de la prestación.

Puede apreciarse que cuando se hace mención a situaciones llevadas a cabo mediante gestación por sustitución, estas se comparan con la similitud existente a las situaciones de adopción y acogimiento, sobretodo, a la de adopción.

Y me gustaría, reiterar, respecto de la Ley de Reproducción Humana Asistida, que es cierto que es la única norma del ordenamiento jurídico español que dedica un artículo a la gestación por sustitución pero en muchas ocasiones se tiene una consideración errónea de ella ya que esta no es una norma reguladora de la prestación por maternidad y, por lo tanto, no tiene por objeto condicionar la atención a los menores.

Creo que lo más acertado sería que se hiciera frente a esta situación. Y que la norma clarificara en su inclusión (o no) y así acabar con la concurrencia de postulaciones sobre una misma cuestión. Es decir, creo oportuno dotar de seguridad jurídica a los ciudadanos respecto de la situación actual que existe referente a la gestación por sustitución y lo que ésta conlleva; la prestación por maternidad en casos de llevar a cabo un convenio de gestación por sustitución en países extranjeros y crear, así, un articulado en el que conste su legalidad o ilegalidad para así podernos amparar con firmeza.

A todo esto, quizá, cabría interrogarse si el Tribunal Constitucional debería jugar también cierto papel en el conflicto, ya que en un supuesto tan controvertido se

acarician materias relacionadas con los derechos fundamentales, como la igualdad, la discapacidad o la condición sexual.

Debo reconocer que me ha parecido sorprendente el hecho de que sobre una misma problemática existan varias postulaciones referentes pudiendo defenderse, bajo distintos criterios de legalidad, cuál es la situación más beneficiosa o correcta para los sujetos en cuestión. Puede decirse que una parte, más conservadora, la civil vela por el orden público de la sociedad y, la otra parte un tanto más flexible y “moderna”, la social, vela por los derechos y por la igualdad de la sociedad.

Me gustaría añadir que ante esta situación de laguna legal se aplica la analogía como respuesta. De tal forma que nuestros jueces y tribunales consideran que en estas ocasiones, la gestación por sustitución o subrogación ha de entenderse como un supuesto más de “maternidad”, tanto si es contratada por una pareja heterosexual, homosexual, o por un sujeto en solitario, independientemente de su género. Nuestros jueces están reconociendo que la misma necesidad inicial de cuidado y atención que exige un hijo durante los primeros meses de vida se va a producir tanto si dicha filiación se genera por adopción, como si se recurre a la convalidación internacional de la inscripción registral de la filiación producida por medio de la gestación por sustitución contratada por un único varón. Se pretende adoptar un criterio respetuoso respecto los intereses del menor de edad, que deben ser en todo momento objeto de atención preferente y, que, en el caso de desconocimiento de los efectos jurídicos de esta forma particular de procreación, los hijos nacidos sin duda quedarían desprotegidos<sup>173</sup>.

Pero a todo esto, debe tenerse muy presente la dificultad que existe detrás de este panorama porque no debemos olvidar que, ante todo, prevalece la protección de las personas y, por ello, es un tema que debe tratarse con delicadeza y que requiere de una consideración notable.

Quiero concluir haciendo una precisión, que bajo mi punto de vista va más allá de si se debe conceder o no la prestación por maternidad en supuestos concedidos mediante convenio de gestación por sustitución y es que el resultado de todo este proceso son niños. Es importante que recordemos que los menores juegan aquí un papel

---

<sup>173</sup> De este modo tanto la ley 39/ 1999 de Conciliación de la Vida Laboral y Familiar, como la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres y la Convención sobre Derechos del Niño contienen un concepto amplio de maternidad, que fija su atención en el cuidado del menor y en los aspectos afectivos y familiares, alejándose de la dimensión propiamente fiscal.

fundamental, y lo que debemos hacer es protegerlos y procurar que no se den situaciones en los cuales estos menores puedan sufrir, bien por los actos de los padres, bien por los actos judiciales.

## BIBLIOGRAFÍA DOCTRINAL

- ALBERT MÁRQUEZ, MARTA MARÍA. (2012). Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil. *Diario La Ley*, núm. 7863, Sección Doctrina. Págs. 7-8.
- DIAGO DIAGO, MARÍA PILAR. (2014). Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Revista jurídica de Cataluña*, núm. 3. Págs. 257-831-838.
- DIAGO DIAGO, MARÍA PILAR. (2014). La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 3. Págs. 831-838.
- *Diario La Ley*, núm. 8283, Sección Jurisprudencia, 1 de Abril de 2014, Año XXXV: Editorial LA LEY.
- DURÁN AYAGO, ANTONIA. (2015). Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: problemas jurídicos de la gestación por sustitución en España. A propósito del auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015. *Millennium DiPr*, Derecho internacional privado. Editorial. Tirant lo Blanch. Pág. 54.
- DURÁN AYAGO, ANTONIA. (2015). Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: problemas jurídicos de la gestación por sustitución en España. A propósito del auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015. *Millennium DiPr*, Derecho internacional privado. Tirant lo Blanch. Pág. 60.
- DURÁN AYAGO, ANTONIA. (2015). Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: problemas jurídicos de la gestación por sustitución en España. A propósito del auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015. *Millennium DiPr*, Derecho internacional privado. Tirant lo Blanch. Pág. 62.
- DURÁN AYAGO, ANTONIA. (2012). El acceso al Registro Civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la Ley 20/2011: Relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución. *Anuario español de derecho internacional privado: AEDIPr*. Tomo XII. Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Pág. 271.
- ESPINAR VICENTE, JOSE MARÍA. (2012). Algunas reflexiones sobre la nueva Ley del Registro Civil. *Diario La Ley*, núm. 7771, Sección Doctrina. Págs.10- 13.

- FARNÓS AMORÓS, ESTHER. (2010). Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. *In Dret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1. Pág. 8.
- GALA DURÁN, CAROLINA. (2014). *Permisos de paternidad o maternidad*. Pamplona: Editorial Aranzadi, SA. Pág.4.
- GUTMAN, LAURA. (2008). *La maternidad y el encuentro con la propia sombra*. Barcelona: Editorial del Nuevo Extremo. Pág. 11.
- JIMÉNEZ MARTÍNEZ, MARÍA VICTORIA. (2012). La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales. *Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá*. Pág. 370.
- LAMM, ELEONORA. (2012). Gestación por sustitución. Realidad y Derecho. *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, vol. 3. Págs. 4-11.
- LAMM, ELEONORA. (2013). *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. (Colección de bioética). Barcelona: Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona. Págs.78-209.
- LAMM, ELEONORA. (2014). Gestación por sustitución. La importancia de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su impacto. *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 2, núm.35-50. Ediciones Universidad de Salamanca. Págs. 44-47.
- LASARTE ÁLVAREZ, CARLOS. (2012). La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria. *Diario La Ley*, núm. 7777, Sección Doctrina. Pág. 3.
- LINACERO DE LA FUENTE, MARÍA. (2013). *Tratado del Registro Civil*. Adaptado a la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, Valencia. Tirant Lo Blanch. Pág. 23.
- MARÍN PINZÓN, INÉS YOHANNA. (2015). La aceptabilidad jurídica de la técnica de gestación de vida humana por sustitución de vientre, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 43. Págs. 86-87.

- MARTÍN MORATO, MANUEL. (2013). El nuevo Registro Civil. Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 30. Pág. 8.
- MORENO PUEYO, MANUEL JOSÉ. (2015). La prestación de maternidad en los casos de maternidad subrogada. Estado de la cuestión tras los pronunciamientos del TJUE 18/03/2014, *Revista Española del Derecho del Trabajo*, núm. 172. Pág. 3.
- ORTIZ VIDAL, MARÍA DOLORES. (2015). La gestación por sustitución y las prestaciones sociales por maternidad/paternidad en España y la novísima jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 180. Págs. 2-7.
- PANIZO ROBLES, JOSE ANTONIO. (2014). La maternidad por contrato de sustitución sigue sin estar amparada por la acción protectora de la Seguridad Social, *Revista de información laboral*, núm. 5, parte Art. Doctrinal.
- SCOTTI BEATRIZ, LUCIANA. (2012). El reconocimiento extraterritorial de la “maternidad subrogada”: *una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas*. Pensar en Derecho. Pág. 282.
- SELMA PENALVA, ALEJANDRA. (2013). Vientres de alquiler y prestación por maternidad, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*. Parte Doctrina, Pamplona: núm. 9. Págs. 11-12.
- SELMA PENALVA, ALEJANDRA. (2014). Los nuevos retos de la prestación por maternidad ante los avances médicos en materia de reproducción asistida, *Revista Bioderecho.es*, Vol.1, núm. 1. Pág. 9-11.
- SOTO LAMADRID, MIGUEL ÁNGEL. (1990). *Biogenética, filiación y delito*. Buenos Aires: Editorial Astrea. Pág. 6.
- TAPIA HERMIDA, ANTONIO. (2014). En torno a la discriminación en la concesión de permisos por maternidad a madres subrogantes que han tenido un hijo gracias a un convenio por sustitución, *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, núm. 172. Págs. 134-138.
- VELA SÁNCHEZ, ANTONIO JOSÉ. (2011). Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España, *Diario La Ley*, núm. 7621, de 3 de mayo. Págs. 2-15.

- VELA SÁNCHEX, ANTONIO JOSÉ. (2011). La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler. *Diario La Ley: Cuestiones que suscita la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución*, núm. 7608. Pág.3
- VELA SÁNCHEZ, ANTONIO JOSÉ. (2013). El interés superior del menor como fundamento de la inscripción de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo: *Diario La Ley*, núm.8162. Sección Doctrina. Pág. 18.
- VELA SÁNCHEZ, ANTONIO JOSÉ. (2014). Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución “pueden” ser inscritos en el registro civil español. A propósito de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014: *Diario La Ley*, núm.8415. Sección Tribuna. Págs. 2-7.
- VELA SÁNCHEZ, ANTONIO JOSÉ. (2015). Erre que erre: el Tribunal Supremo niega la inscripción de la filiación de los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución. *Diario La Ley*, núm. 8600, Sección Tribuna. Pág. 2.
- VELA SÁNCHEZ, ANTONIO JOSÉ. (2017). La gestación por sustitución en las Salas de lo Social del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia. *A propósito de la prestación por maternidad en los casos de nacimientos derivados de convenio gestacional*. *Diario La Ley*, núm. 8927, Sección Doctrina, Editorial Wolters Kluwer. Pág. 3.
- VILAR GONZALEZ, SILVIA. (2014). Situación actual de la gestación por sustitución: Estudio de la situación legal existente tanto en nuestro país como en el resto del mundo. *UNED Revista de Derecho*, núm. 14. Pág. 897.

## OTRAS FUENTES DE INTERÉS

- <http://www.20minutos.es/noticia/1775366/0/vientre-de-alquiler/registro-civil/bebes/>
- <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/el-reconocimiento-extraterritorial-de-la-maternidad-subrogada-una-realidad-cormada-de-interrogantes-sin-respuestas-juridicas.pdf>
- [http://www.elespanol.com/espana/sociedad/20170225/196480632\\_0.html](http://www.elespanol.com/espana/sociedad/20170225/196480632_0.html)
- [http://www.elespanol.com/reportajes/20170210/192731645\\_0.html](http://www.elespanol.com/reportajes/20170210/192731645_0.html)
- <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292349003590?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=ResolucionDGRN&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DResoluciones+de+la+Direccion+General+de+los+Registros+y+del+Notariado.+Registro+Civil.+Diciembre+de.PDF&blobheadervalue2=1288776772140>
- <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292349003590?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=ResolucionDGRN&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DResoluciones+de+la+Direccion+General+de+los+Registros+y+del+Notariado.+Registro+Civil.+Diciembre+de.PDF&blobheadervalue2=1288776772140>
- <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/3900-el-tedh-declara-contraria-al-convenio-europeo-de-los-derechos-humanos-la-negativa-a-reconocer-la-filiacion-a-los-hijos-nacidos-de-vientre-de-alquiler/>
- <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/10199--la-inminente-reforma-del-registro-civil-no-modificara-el-actual-procedimiento-para-inscribir-a-los-ninos-nacidos-por-vientre-de-alquiler/>
- <http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/ServiciosAlCiudadano/SiEstasEnElExtranjero/Paginas/Legalizaciones.aspx>
- <http://www.gestacion-subrogada.com/valoracion-proyecto-de-ley-registro>
- <http://salud360.cienradios.com>
- <http://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-363/12>
- <http://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-167/12>

## JURISPRUDENCIA

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 marzo 2014. Asunto C-363/12 y Asunto C-167/12.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 22/1981, de 2 de Julio de 1981. RTC 1981\22.
- Sentencia del Tribunal Supremo de Madrid 881/2016 (Sala Social), de 25 de Octubre de 2016 (Id Cendoj: 28079149912016100036).
- Sentencia del Tribunal Supremo de Madrid 953/2016 (Sala 4ª de lo Social), de 16 de Noviembre de 2016 (Id. Cendoj: 28079149912016100035).
- Sentencia del Tribunal Supremo 835/2013, de 6 de Febrero de 2014. (Nº recurso. 245/2012). (Id. Cendoj: 28079119912015200003)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, 826/2011, de 23 de Noviembre de 2011 (Id. Cendoj: 46250370102011100707).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de País Vasco 944/2014 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 13 mayo de 2014, (AS\2014\1228).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 885/2016 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 3 mayo de 2016 (JUR\2016\117724).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla 319/2015 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 4 febrero, (AS\2015\720).
- Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 612/2014, (Sala de lo Social, Sección 5ª), de 7 julio de 2014 (JUR\2014\244222).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 668/2012, (Sala de lo Social, Sección 4ª), de 18 de octubre de 2012 (AS 2012, 2503).

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias 2320/2012, (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 20 de septiembre de 2012 (AS 2012/2485).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias 1259/2014 (Sala de lo Social), 7 de Julio de 2014. (Id. Cendoj: 35016340012014101196).
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014: Asunto 65192/11 Mennesson contra Francia y asunto 65941/11 Labasse contra Francia; y la STEDH de 27 de enero de 2015 asunto Paradisso et Camapanelli contra Italia.