

RESUMEN.

El presente Trabajo de Fin de Grado tiene como objeto el permiso de maternidad en los supuestos de gestación por sustitución en el ordenamiento jurídico español efectuando para ello un análisis jurisprudencial. En primer lugar, se verá como ha sido tratada esta situación a nivel civil, la cual ha suscitado diferentes controversias, tanto en los tribunales internos, como en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, debido a la negativa efectuada por la legislación española a la hora de efectuar el reconocimiento del nacimiento de los menores.

Una vez analizadas las cuestiones civiles, se ha desarrollado un análisis sobre la jurisprudencia vertida sobre la prestación por maternidad, la cual también ha suscitado controversias tanto a nivel interno en los Tribunales Superiores de Justicia, en el Tribunal Supremo, y a nivel Europeo, en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Todos ellos, han emitido sus resoluciones con el objetivo de solventar las controversias generadas.

ABSTRACT.

The purpose of this Final Degree Work is maternity leave in cases of gestation by substitution in the Spanish legal system by doing a jurisprudential analysis. First, it will be seen how this situation has been dealt with at the civilian level, which has given rise to different disputes, both in the domestic courts and in the European Court of Human Rights, due to the refusal made by Spanish law at the time of recognizing the birth of minors.

Once the civil issues have been analyzed, an analysis has been carried out on the jurisprudence on maternity benefit, which has also raised disputes both internally in the High Courts of Justice, in the Supreme Court, and at European level, in the Court of Justice of the European Union. All of them, have issued their resolutions with the aim of solving the controversies generated.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	4
ABREVIATURAS.....	6
CAPÍTULO I: LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.....	7
1. CUESTIONES PRELIMINARES.....	7
2. CONCEPTO, CAUSAS Y TIPOS.....	7
3. REGULACIÓN LEGAL DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.....	9
3.1. Ley 14/2006, de 26 de Mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.....	9
3.2. INSTRUCCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO.....	11
3.3. Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.....	18
4. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL DERECHO COMPARADO.....	19
5. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL SOBRE LA FILIACIÓN EN EL REGISTRO CIVIL DERIVADA POR LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.....	21
5.1. Análisis de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011. Sentencia denegatoria de inscripción de filiación.....	21
5.2. Análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2013. Sentencia denegatoria de inscripción de filiación.....	24
5.3. Análisis de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014.....	25
5.4. Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015.....	26
CAPÍTULO II: PERMISO DE MATERNIDAD.....	28
1. CUESTIONES PRELIMINARES.....	28
2. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL PERMISO DE MATERNIDAD TRAS LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.....	29
2.1. JURISPRUDENCIA EUROPEA.....	29
2.2. JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA.....	31
2.3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.....	36
CONCLUSIONES.....	43
BIBLIOGRAFÍA.....	46
ANEXO JURISPRUDENCIAL.....	49

INTRODUCCIÓN.

El objeto de este trabajo consiste en efectuar un análisis sobre el permiso de maternidad en los supuestos de gestación por sustitución, desarrollando para ello un análisis jurisprudencial y normativo.

Los motivos que han impulsado la realización de este estudio ha sido la reciente jurisprudencia vertida por el Tribunal Supremo, el cual valiéndose de diferentes sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha modificado su doctrina jurisprudencial.

Para efectuar este análisis, en primer lugar, se recopila la normativas más importantes en lo relativo a este tema, como es la Ley 14/2006 sobre las técnicas de reproducción humana asistida, la Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. Así como también haremos una mención expresa a los artículos 3 y 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y al artículo 177 de la Ley General de la Seguridad Social, en el cual se recoge el derecho al subsidio por maternidad, que se ha hecho extensivo a los progenitores de hijos nacidos por gestación por sustitución.

Una vez configurado el régimen jurídico en lo que respecta al objeto de estudio, nos centraremos en efectuar el análisis jurisprudencial, pues en tan solo dos años, se ha pasado de rechazar de manera absoluta el derecho a disfrutar del permiso de maternidad, a reconocer este derecho, no como un periodo de recuperación de la madre, sino como un derecho reconocido a favor del recién nacido. Para ello, analizaremos las últimas Sentencias del Tribunal Supremo y las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que han sido de gran relevancia para el impulso y el reconocimiento de este derecho.

Con este análisis se verá como el Tribunal Supremo ha ido suavizando su doctrina, en aras a reconocer el permiso de maternidad a aquellas mujeres que ha tenido a sus hijos por gestación subrogada.

Este trabajo se estructura en torno a dos partes bien diferenciadas. La primera de ellas aborda la gestación por sustitución. En este primer bloque, se examinará la regulación legal y de forma sucinta, la gestación por sustitución en el derecho comparado y la jurisprudencia sobre filiación en el Registro Civil. La segunda parte del

TFG examina el permiso de maternidad, analizando el nacimiento del derecho tras la gestación por sustitución. Así como se efectuará un análisis jurisprudencial exponiendo sentencias estimatorias y desestimatorias sobre el caso. Finalmente, se presenta un apartado de conclusiones.

ABREVIATURAS.

Art.(s)	=	Artículo(s).
CCAA	=	Comunidad Autónoma.
Disp.adic.	=	Disposición Adicional.
Disp.transit.	=	Disposición Transitoria.
DGRN	=	Dirección General de los Registros y del Notariado.
EBEP	=	Estatuto Básico del Empleado Público.
ET	=	Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
INSS	=	Instituto Nacional de Seguridad Social.
LGSS	=	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.
LGSS	=	Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social
P (p)	=	Página(s).
RGSS	=	Régimen General de la Seguridad Social.
LTRA	=	Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Asistida.
RRC	=	Reglamento del Registro Civil.
(S)STS	=	Sentencia(s) de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.
SAP	=	Sentencia de la Audiencia Provincial.
(S)STSJ	=	Sentencia(s) de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia.
(S)TEDH	=	Sentencias(s) del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
(S)TJUE	=	Sentencias(s) del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

CAPÍTULO I: LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.

1. CUESTIONES PRELIMINARES.

La gestación por sustitución consiste en que un sujeto que en principio no puede o no quiere tener hijos naturales, pero desea ser madre o padre, establece un acuerdo con una mujer que tiene capacidad para engendrar y gestar al feto, para que ésta por medio de técnicas de reproducción asistida quede embarazada y lleve a cabo la gestación a favor de un sujeto o pareja. Una vez que el bebé ha nacido, la madre gestante, entregará el bebé a los comitentes (sujetos que han solicitado la gestación por sustitución).

2. CONCEPTO, CAUSAS Y TIPOS.

Cuando hablamos de gestación subrogada estamos hablando de un contrato que puede ser oneroso o gratuito, por medio del cual una mujer lleva a cabo la gestación por medio de técnicas de reproducción asistida, con independencia de que ésta aporte su óvulo o no, con el objetivo de entregar al recién nacido a los comitentes. Éstos pueden ser una persona o una pareja que pueden aportar o no sus gametos.¹

Como se puede ver, la acción consiste en que un hombre, una mujer o una pareja, denominados jurídicamente comitentes quieren tener un hijo, y éstos se lo encargan a una tercera persona, la madre gestante, con el objetivo de que sea ésta la que lleve a cabo la gestación. Para ello, se va a efectuar la inseminación artificial o fecundación in vitro. Una vez que el bebé ha nacido, la madre gestante renuncia a la maternidad y se lo entrega a los padres que lo encargaron, de esta forma el niño aparece desde el comienzo como hijo de éstos. Básicamente se podría decir, que la madre biológica renuncia a sus derechos como madre para que otra pareja pueda recibir el niño.²

La principal causa por la que una pareja o un hombre o una mujer se somete a la gestación subrogada, es porque éstos no pueden tener hijos propios, bien por problemas de fertilidad, o por no tener pareja; hombres y mujeres que se han quedado solos; mujeres que no pueden o no quieren pasar por el embarazo o el riesgo de parto; hombres

¹ VELA SÁNCHEZ, A.J.: De nuevo sobre la regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011. Diario La Ley. Núm. 7815, 2012.p. 5.

² SOUTO GALVÁN, B.: Aproximación al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del bioderecho. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales. Núm. 1. 2005p. 277.

y mujeres homosexuales y; hombres y mujeres estériles. En cualquiera de los casos, tanto hombres como mujeres deciden libremente el ser padres o madres por medio de una mujer gestante, que ofrece su vientre para engendrar a su hijo y posteriormente entregárselo³.

En cuanto a los tipos de gestación por sustitución vamos a destacar los siguientes⁴:

- Gestación subrogada tradicional o parcial: en este caso la gestante aporta sus propios óvulos siendo por tanto la madre biológica del niño, la inseminación se produce de manera artificial. De esta manera se usa el material genético del padre y la pareja asumirá la patria potestad del niño una vez que éste nazca.
- Subrogación gestacional completa o total: el embarazo se efectúa por medio de la fecundación in vitro, esto quiere decir que el material genético es externo, no pertenecen a la mujer gestante. De esta manera una vez que la mujer ha dado a luz el bebé será entregado a sus padres biológicos.

Estos son los dos tipos de gestación que se pueden efectuar. Este proceso se puede llevar por una pareja que aporte o no su material genético, o por una mujer o un hombre de manera individual que decide tener un bebé.

La gestación subrogada, puede hacerse por parte de la madre, de manera altruista o por medio de compensación económica. En el primer caso, la madre no va a recibir ningún tipo de contraprestación económica, mientras que en el segundo, la madre va a recibir una cantidad con el fin de resarcir sus molestias físicas y emocionales, así como los gastos que le pueda ocasionar el mismo.

³ AEGES, *Maternidad subrogada: procesos, tipos y costes*, recuperado de: <http://aeges.es/maternidad-subrogada-proceso-tipos-costes/>.

⁴ SALGADO, S.: ¿Cuántos tipos de maternidad subrogada existen? Babygest, 2016. Recuperado de: <https://www.babygest.es/tipos-de-subrogacion/>. En este mismo sentido SOUTO GALVÁN, B.: Aproximación al estudio de la gestación de sustitución... op. cit. p. 277. “El caso más frecuente de gestación de sustitución es aquel en el que el embrión de una pareja es implantado en el útero de una mujer que llevará a cabo la gestación y posteriormente dará a luz, obligándose a entregar el niño a sus padres biológicos. Pero, por otra parte, es posible que la madre portadora aporte también su óvulo que será fecundado con el semen del varón de la pareja que tiene la intención de asumir la patria potestad. Siendo estas dos las modalidades más frecuentes, hay que advertir, no obstante, que bajo el término maternidad subrogada se incluyen otras variantes, como, por ejemplo, que la pareja que tiene intención de asumir la patria potestad del hijo gestado por sustitución no aporte su material genético, o que no se trate de una pareja, sino de un hombre o una mujer que quieren asumir la paternidad o maternidad en solitario”.

En España, este tipo de gestación no está permitida, por lo cual, los sujetos que desean tener un bebé por medio de este sistema, han de acudir a otros países que sí lo tienen permitido, como puede ser Bélgica, Georgia, Ucrania, EEUU o la India. Los padres, se ven obligados a seguir el embarazo a distancia, hasta que antes del nacimiento, asisten al parto, y efectúan los trámites legales para volver con el bebé a su país de origen⁵. Todas estas cuestiones se verán de forma más detenida y amplia en el siguiente epígrafe.

3. REGULACIÓN LEGAL DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.

En este apartado, se va a partir por el análisis de forma muy breve de la Ley 14/2006, de 26 de Mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, y de las Instrucciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, para finalmente ver como a juicio de los órganos jurisdiccionales esas disposiciones normativas no son tenidas en cuenta a la hora de reconocer y otorgar el permiso de maternidad a la madre comitente.

3.1. Ley 14/2006, de 26 de Mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

La regulación de la gestación sustituida, viene recogida en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida, (en adelante LTRA). A pesar de que esta ley, es una de las más permisivas en lo relativo a la reproducción asistida, por medio del artículo 10 se prohíbe expresamente la utilización de la gestación por sustitución, estableciendo que “*será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero*”. Y se dispone que “*la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto*”⁶. Esto implica que en España no está permitida la gestación por sustitución.

Parte de la doctrina entiende que esta situación debe seguir así, y exponen que “el nacido como consecuencia de estos contratos de gestación por sustitución es “hijo”

⁵ AEGES.: *Maternidad subrogada: procesos, tipos y costes*,... op. cit.

⁶ Artículo 10.3 Ley de técnicas de reproducción asistida.

de la mujer que da a luz y por tanto la prohibición debe permanecer para evitar el comercio sobre el cuerpo humano y sobre las personas, así como la explotación de la mujer gestante, de forma que se debería confirmar que el estado civil es indisponible por los particulares”⁷. Esta parte de la doctrina, considera que el nacido es hijo de manera exclusiva de la mujer que ha dado a luz y bajo ningún concepto será hijo de la mujer comitente. Por tanto, acogiéndose a lo dispuesto en nuestra legislación el contrato de gestación por sustitución, es considerado nulo de pleno derecho.

Sin embargo, otros especialistas consideran que el artículo 10.1 LTRA ha quedado desfasado debido a la realidad social que estamos viviendo en los últimos tiempos y por tanto, consideran que esta prohibición debe ser derogada y la ley española debería admitir la gestación por sustitución. En efecto, el Derecho español debería admitir la celebración y ejecución de estos contratos de gestación por sustitución y reconocer la filiación de los nacidos en relación con los comitentes y no con la madre que da a luz⁸. En este caso, la doctrina considera que los nacidos por medio de esta técnica, deben ser considerados hijos de los comitentes y por tanto, estos contratos de gestación por sustitución son considerados como válidos y por tanto obligan a las partes que se han sometido a ellos⁹.

Cabe mencionar, que en este año 2017 el Grupo Parlamentario Ciudadanos ha presentado el pasado 27 abril una Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación. Por medio de esta proposición de ley se busca que la gestación por sustitución se pueda hacer “en condiciones de libertad, igualdad, dignidad y ausencia de lucro, expresivas de la más intensa solidaridad entre personas libres e

⁷ SÁEZ-SANTURTÚN PRIETO, M.A.: La maternidad subrogada: estado actual de la cuestión a raíz de la STS de 6 de febrero de 2014. *Diario La Ley*. Núm. 829. 2014. p. 66. En este sentido BONILLO GARRIDO, L.: El reconocimiento y ejecución de sentencias de maternidad por sustitución. *Diario La Ley*. Núm. 8070, 2013. pp. 1 y ss.

⁸ MÁRQUEZ, A.: Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil, *Diario La Ley*, Núm. 7863, 2012. pp. 8-13. En este mismo sentido, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010). *Diario La Ley*, N° 7527, 2011. pp. 13-15; VELA SÁNCHEZ, A. J.: Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución “pueden” ser inscritos en el registro civil español, *Diario La Ley*, Núm. 8415, 2014. pp. 9-15; VELA SÁNCHEZ, A.J.: Comentario a la iniciativa legislativa popular para la regulación de la gestación por subrogación en España, *Diario La Ley*, Núm. 8457, 2015. pp. 1-4.

⁹ CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. Vol. 7. Núm. 2. 2015.. pp. 54 y ss.

iguales”¹⁰, cuyo objetivo es darle continuidad a la Instrucción de 5 de octubre de Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010, la cual ha dejado sin contenido efectivo la nulidad del contrato de gestación subrogada contenida en la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida.

En dicha proposición de ley, entre otras cuestiones, se ha establecido que la gestación por subrogación no podrá tener carácter lucrativo o comercial, pero la mujer podrá recibir una compensación resarcitoria por los gastos y molestias sufridas. Además, se establece que la mujer gestante tiene que tener los 25 años cumplidos, tiene que haber sido madre con anterioridad, española o con residencia legal en España, con una situación económica estable y sólo podrá hacerlo con un máximo de dos veces¹¹.

Sin embargo, el PP, PSOE y PODEMOS se han opuesto a la propuesta de ley, pues considera que esa práctica supondría la mercantilización de las mujeres. Para Rafael Hernando, eso supondría usar el vientre de una mujer de forma mercantil, opinión que comparte el Grupo Socialista. Mientras que Podemos considera que la proposición de ley sesga la libertad y los derechos individuales, no teniendo en cuenta a la madre gestante, sino que solo se tiene en cuenta el deseo de los comitentes.

3.2. INSTRUCCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO.

3.2.1. Instrucción de 18 de febrero de 2009.

La instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009 (en adelante DGRN/2009), analiza si una certificación registral californiana en la que se recoge la filiación de dos menores nacidas en California por medio de un procedimiento de filiación por sustitución, puede acceder al Registro Civil español¹².

En esta DGRN se establece que sí es posible reconocer dicha certificación registral, y expone que por medio del reconocimiento de la decisión no se vulnera el

¹⁰ GRUPO PARLAMENTARIO CIUDADANOS.: *Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación.* 2017, Disponible en: <http://cadenaser00.epimg.net/descargables/2017/06/27/67d5eeb8ce8d63b1647bdb88529aaafd.pdf>.

¹¹ Ibidem.

¹² CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Gestación por sustitución y derecho internacional privado...* op. cit. p. 294.

orden público internacional español. Además, se establece que en virtud del interés superior del menor lo aconsejable es que las menores tengan la misma filiación en California y en España, estableciendo que su identidad sea una sola, y que éstos no cambien de padres cuando crucen las fronteras¹³.

Esta instrucción reconoce que existen dos vías para poder inscribir en el Registro Civil el nacimiento de un español en el extranjero:

- Por medio de la presentación de una certificación registral extranjera en la que conste el nacimiento y la filiación del nacido.
- O por medio de declaración, en este caso el Encargado del registro efectuará un control de legalidad de los hechos que se recogen en la declaración.

Por medio de esta resolución se analiza si los menores nacidos en California pueden ser inscritos en el Registro Civil. Para ello, el artículo 15 de la Ley del Registro Civil, expone que para poder ser inscrito en el Registro Civil, es necesario que los menores hayan nacido en España o que el nacido tenga nacionalidad española¹⁴.

En primer lugar, se ha de determinar si estas niñas tienen nacionalidad española, y esto se efectuará acreditando de quien es hijo. Pues tal y como dispone el artículo 17.1 del Código Civil, son españoles de origen los nacidos de padre o madre española. Las niñas tienen el material genético de los padres, por tanto se podría afirmar que son españolas y poseen la nacionalidad española. En segundo lugar, una vez establecido que son españolas, éstas pueden ser inscritas en el Registro Civil español¹⁵.

El artículo 81 RRC permite el acceso o no de las certificaciones registrales al Registro Civil español. Este artículo dispone que “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”.

Para la Instrucción de DGRN de 18 de febrero de 2009, este artículo indica que cuando se dispone de un documento auténtico, expedido por autoridades judiciales, o administrativas extranjeras, para poder efectuar la inscripción en el Registro civil, no es necesario solicitar dicha inscripción de nuevo, sino que estos documentos van a ser

¹³ Ibidem. p. 294.

¹⁴ CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Gestación por sustitución y derecho internacional privado...* op. cit. p. 296.

¹⁵ Ibidem. p. 296.

considerados como título suficiente para poder inscribir el nacimiento¹⁶. Sin embargo, este documento podría ser anulado por los jueces y tribunales españoles, lo cual haría que se declarase la filiación de los menores como nula. Esto se debe a que cualquier parte, que esté debidamente legitimada, podría impugnar el contenido de esta inscripción y los Tribunales tendrían que anular tal decisión. Excepto en el caso en que la filiación paterna venga constituida por medio de una resolución judicial de un Tribunal de California, pues en ese caso, no se podría anular la filiación de las niñas¹⁷.

En definitiva, por medio de esta resolución, se establecen los requisitos con los que ha de cumplir el documento que va a ser sometido al control de legalidad, para poder inscribir en el Registro Civil español a las dos niñas. Estos requisitos son los siguientes¹⁸:

- Disponer de un documento auténtico expedido por autoridades extranjeras sean judiciales, administrativas o notariales. Este documento debe ser dictado de conformidad con la normativa que exija el país donde se haya generado. Y el documento tiene que estar convenientemente legalizado o con apostilla.
- Dicho documento tiene que ser título suficiente para inscribir el hecho del que da fe.
- Este título será sometido a un control de legalidad, y una vez que lo haya superado, entonces tendrá fuerza en España.
- Se va a controlar la competencia de la autoridad registral extranjera.
- Se controlaran los derechos de defensa de los implicados en un determinado procedimiento registral.

La DGRN estableció, que de conformidad con estos requisitos, se podía reconocer la filiación de las dos niñas, lo cual implica que puedan ser inscritas en el registro de la propiedad, disponiendo los siguientes argumentos¹⁹:

¹⁶ CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: Gestación por sustitución y derecho internacional privado... op. cit. p. 306.

¹⁷ DÍAZ ROMERO, M.R.: "La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico", en Diario La Ley, nº 7527, Sección Doctrina, 14 de diciembre de 2010, año XXXI. p. 12

¹⁸ CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: Gestación por sustitución y derecho internacional privado... op. cit. p. 306.

¹⁹ CAMARERO GONZÁLEZ, G.: "Notas sobre la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009, en un caso de gestación por sustitución", en Diario La Ley, nº 7910, Sección Tribuna, p. 2.

- La normativa estatal permite la filiación a favor de dos varones o dos mujeres, por medio de la adopción, por tanto, también se tendría que efectuar dicha filiación de acuerdo a la vinculación genética.
- Decide la no aplicación del artículo 10 de la LTRA, pues considera que no se ha de usar en este caso, ya que en base a este artículo no se entra a conocer sobre las normas españolas de conflicto.
- El interés superior del menor reconoce que lo idóneo es efectuar su inscripción, pues siendo éstas de nacionalidad española, si se les deniega la inscripción, estarían siendo privadas de los derechos que les otorga nuestro sistema. Además, se estaría vulnerando el artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño.
- Además, los menores tienen derecho a tener una identidad única para todos los países. Lo cual implica, que no se le pueda reconocer una identidad en California y otra en España.
- Por último, considera que no estamos ante un caso de fraude a la ley española, pues no se está alterando el sentido normal de la norma de conflicto, ya que los padres “no viajan a otro país para litigar allí y obtener una resolución extranjera que luego intentan *introducir* en España. En el presente caso, no existió ninguna alternación del punto de conexión de la norma de conflicto. *No se manipuló ninguna conexión*. No hay norma de cobertura y norma defraudada. En este caso, el término *fraude de Ley* es inapropiado”²⁰.

Esta resolución que estaba aceptando que los hijos nacidos por medio de la gestación por sustitución fuesen inscritos en el Registro Civil, no se aceptó por parte de los jueces y tribunales estatales. De hecho la Sentencia 193/2010 de 15 de septiembre, del Juzgado de Primera Instancia Número 15 de Valencia, procedió a la anulación de la Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2009. Esto se debe a que “la AP de Valencia entendió que debía aplicarse el art. 10 LTRA y que, por tanto, el contrato de gestación por sustitución era nulo de pleno derecho y que la filiación debía corresponder a la mujer que dio a luz. En suma, los tribunales valencianos estimaron que la certificación registral californiana no podía surtir efectos jurídicos en España porque no

²⁰ CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: Gestación por sustitución y derecho internacional privado... op. cit. p. 316.

se ajustaba al art. 10 LTRA”²¹. Fruto de esta resolución, la DGRN publicó la nueva instrucción de 5 de octubre de 2010, que va a ser analizada en las siguientes líneas.

3.2.2. Instrucción de 5 de octubre de 2010.

Al ser anulada la Instrucción de la DGRN de 18 de septiembre de 2009, la DGRN aprobó nueva Instrucción de 5 de octubre de 2010, en la cual se establecía el derecho de inscripción de los nacidos mediante convenio de gestación por sustitución, sólo en los casos en que la filiación se ha determinado por medio de resolución judicial extranjera, siempre y cuando uno de los progenitores sea español. En la DGRN se hace mención a la prohibición que establece el artículo 10.1 LTRA, y recoge que únicamente se podrán inscribir en el registro civil cuando sea posible atribuir la paternidad en base al artículo 10.3 LTRA. Éste último artículo establece que “queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”. Lo cual implica que en el caso en que el material genético sea del padre se podría establecer una filiación paternal.

El objetivo primordial de esta instrucción, es proteger a los bebés que nazcan mediante esta técnica de reproducción asistida y a las mujeres que se someten a dicho contrato. En relación con la madre gestante, se controla que esta tenga plena capacidad jurídica y de obrar. El consentimiento emitido tiene que ser libre, ésta no puede haber estado sometida a engaño, violencia o coacción. Y se ha de investigar, si es posible que el contrato encubra un posible caso de tráfico internacional de menores²².

Respecto a los requisitos que se vienen exigiendo para poder inscribir el nacimiento son²³:

- a) La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado.
- b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española.

²¹ CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: Gestación por sustitución y derecho internacional privado... op. cit. pp. 56 y ss.

²² HEREDIA CERVANTES, I.: La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución, ADC, tomo LXVI, 2013. p. 702.

²³ 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. Directriz Primera.

- c) Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante.
- d) Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente.
- e) Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado”.

Además, tal y como establece la directriz segunda, “en ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante”²⁴. Con esta directriz, se prohíbe el poder aceptar la inscripción en el Registro Civil por medio de un certificado registral de nacimiento²⁵.

Por tanto, se exige que para poder reconocer a un menor, el documento presentado tiene que ser una resolución judicial extranjera. Todo ello, con el fin de reconocer plena protección jurídica al interés superior del menor permitiendo la continuidad transfronteriza de la relación de filiación declarada en el país en el que se produce el alumbramiento²⁶.

El hecho de exigir resolución judicial extranjera se debe a que por medio de ésta se estudia en el país de gestación el estado en que se encuentra la madre, si el consentimiento ha sido prestado de manera libre, o si ha mediado algún tipo de coacción. Además, por medio de esta resolución judicial extranjera, la partes aparecen identificadas, incluida la madre gestante, la cual no volverá a aparecer en ningún otro

²⁴ 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. Directriz Segunda.

²⁵ SALAS CARCELLER, A.: “El registro civil español y la filiación surgida de la gestación por sustitución”, en Revista Aranzadi Doctrinal, nº 10, febrero de 2011, p. 12 y 13.

²⁶ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)”, en Diario La Ley, nº 7501, Sección Tribuna, 3 de noviembre de 2010, año XXXI. p. 7.

documento. Y finalmente, la sentencia reconoce la filiación del menor, a favor de los padres comitentes, la cual será usada, para inscribir en el registro civil la filiación del nacido²⁷.

Esta instrucción ha sido muy criticada por la doctrina, pues “la Instrucción se escuda en la exigencia de una resolución judicial extranjera para acreditar la filiación de los nacidos por gestación por sustitución. Y dicha exigencia es ilegal, porque no se deriva ni de la Ley del Registro Civil ni de su Reglamento ni de ninguna otra disposición legal. Por tanto, la Instrucción carece de validez por infracción del principio de jerarquía normativa recogido en el art.2 del Código Civil”²⁸. Además, esta instrucción, está generando un caso de discriminación entre los hijos nacidos por medio de la gestación por sustitución en países en los que se determina la filiación mediante resolución judicial y los países en que la filiación se realiza por medio de un certificado de nacimiento.

La Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia fue confirmada posteriormente por el Tribunal Supremo, con el inciso de que el único requisito que se podía exigir para aceptar la inscripción en el Registro Civil español de la filiación de estos menores, es el acta registral extranjera, y que dicho reconocimiento no vulnerase el orden público internacional español. Lo cual hizo que los requisitos exigidos por la Instrucción de 5 de octubre de 2010 DGRN se hayan suavizado y no sea necesario contar con resolución judicial extranjera²⁹.

Está claro, que en España es necesario publicar una ley sobre la regulación de la gestación subrogada, pues es necesario garantizar los derechos de todas las personas que intervienen en el proceso³⁰. Y por supuesto, proteger al menor fruto de esta técnica de reproducción asistida, pues al final son los grandes perjudicados, tanto cuando están en

²⁷ JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M.V.: “La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales”, en Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá V, 2012, p. 375.

²⁸ CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 3, Núm. 1, 2011.pp. 248 y ss.

²⁹ ÁLVAREZ DE TOLEDO, L.: El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional. CDT. 2014. pp. 8 y ss.

³⁰ MERCADER UGUINA, J.R.: La creación por el Tribunal Supremo de la prestación por maternidad subrogada: a propósito de las SSTs de 25 de octubre de 2016 y de 16 de noviembre de 2016. Cuadernos de Derecho Transnacional. Vol. 9. Núm. 1, 2017. pp. 457 y ss.

una situación de no reconocimiento, como cuando a los comitentes no se les otorga el derecho a recibir la prestación por maternidad.

3.3. Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.

Conviene destacar de este Convenio el artículo 8, pues se ha aplicado de forma repetida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE), el Tribunal Supremo y el resto de jueces y tribunales españoles.

Este artículo establece en su primer apartado que *“toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”*. Y continúa en su segundo apartado *“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”*³¹.

Este artículo ha sido interpretado por el TEDH en el sentido de que toda decisión se ha de tomar respetando el interés superior del menor y que por tanto las decisiones adoptadas por la Tribunales deben respetar tal circunstancia³². Por su parte, el TEDH 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 familia³³. Este fundamento ha sido usado por el Tribunal Supremo en su reiterada jurisprudencia, pues ha provocado un cambio jurisprudencial, pues en base a él, se han reconocido las prestaciones de maternidad, como sucede en la Sentencia de 30 de noviembre de 2016.

Tras mencionar el artículo 8 de Convenio Europeo de Derechos Humanos y la interpretación que hace de este el TEDH, el Tribunal Supremo señala que “el menor,

³¹ Artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

³² Sentencias de 28 de junio de 2007, caso Wagner y otro contra Luxemburgo, y de 4 de octubre de 2012, caso Harroudj contra Francia.

³³ STS de 6 de febrero de 2014, (rec. 245/2012). FJ 11.

nacido tras la gestación por sustitución, forman un núcleo familiar con el padre comitente, que le prestan atención y cuidados parentales y tienen relaciones familiares "de facto", por lo que debe protegerse este vínculo, siendo un medio perfectamente idóneo para ello la concesión de la prestación por maternidad"³⁴.

4. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL DERECHO COMPARADO.

La gestación por sustitución está permitida en muy diversos países como son Brasil, Canadá, Escocia, India, Rusia, Suecia, Reino Unido, Australia, Holanda, Bélgica, Dinamarca, Grecia, México, Israel, Ucrania, Sudáfrica, Georgia, Armenia, entre otros³⁵.

Mención especial de Portugal, pues ha sido uno de los últimos países en reconocer en su ordenamiento jurídico esta situación mediante la aprobación de la Ley 25/2016 del 22 de Agosto, en la que entre otras medidas se recoge la maternidad subrogada o por sustitución.

Pues bien, como se puede ver la gestación por sustitución se encuentra prohibida en la mayoría de los países de la Unión Europea, excepto en el Reino Unido, Grecia, Holanda, Bélgica o Dinamarca, que se permite cuando ésta se hace con carácter altruista y siempre y cuando se cumplan una serie de condiciones relacionados con posibles problemas médicos que pueda tener la madre comitente y no pueda gestar al nacido. En esta misma línea se muestran otros países como República Sudafricana, Brasil, Ecuador, Israel o Canadá³⁶. Sin embargo, hay otros países que permiten efectuar la gestación subrogada con independencia de que sea a título altruista o a cambio de prestación económica, estos son en algunos estados de EEUU, como California, Rusia, India, Ucrania, Georgia o Armenia³⁷.

Y en último lugar, tenemos un grupo de países que prohíben de manera expresa cualquier tipo de gestación por sustitución, con independencia de que ésta sea con carácter altruista o por medio de compensación, entre estos países se encuentra España,

³⁴ STS de 30 de noviembre de 2016, (rec. 1021/2016). FJ 3.

³⁵ LAMM, E.: Gestación por sustitución, ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres, *observatori de Biètica i Dret*. Barcelona, 2013. pp. 131 y ss.

³⁶ VILAR GONZÁLEZ, S. Situación actual de la Gestación por sustitución, *Revista de Derecho Uned*, Núm 14, 2014. p. 903.

³⁷ *Ibidem*. p. 903.

así como Austria, Italia, Alemania, Hungría, Islandia, Serbia, algunos estados de EEUU, Hong Kong, Arabia Saudí o Pakistán³⁸.

Como podemos ver, cada país tiene su propia normativa, y decide si prohíbe o permite la maternidad por sustitución. Sin embargo, en los últimos años se ha dado un impulso creciente a establecer su regulación y permitir esta técnica de reproducción para madres que no pueden gestar en su propio vientre.

En los últimos años, se ha detectado que uno de los Estados preferidos para llevar a cabo la gestación por sustitución, es California. Se debe a diversos motivos, pero los que más han llamado la atención para incluirlos en este trabajo son los siguientes:

- El principal motivo se basa en que el reconocimiento sobre la filiación de los hijos se efectúa por medio de resolución judicial a favor de los padres comitentes. De esta manera, se garantiza que los padres intencionales serán los padres legales del bebé una vez que éste ha nacido y la gestante no tiene ningún derecho sobre nacido. Esto facilita la inscripción en el Consulado español de California, pues se adecua de manera total a los requerimientos pactados³⁹.
- Se permite la gestación subrogada, para todo tipo de familias, con independencia de su estado civil, orientación sexual o procedencia.
- En este Estado únicamente se exige que la madre gestante resida en California, al contrario que sucede en otros países como Reino Unido, Israel o Grecia que exigen que el domicilio del padre o la madre, o ambos padres comitentes también se encuentre en su territorio⁴⁰.

En cuanto al procedimiento que se ha de seguir en California para conseguir la paternidad gracias a un contrato de gestación por sustitución, se basa en el artículo 7630 f) del Código de Familia de California, el cual exige que se obtenga una decisión judicial, que homologa el contrato de maternidad subrogada y declara que los derechos de la madre gestante y su pareja quedan extinguidos y se les atribuye la paternidad al o los comitentes. Esta decisión judicial ordena la expedición de un certificado de

³⁸ VILAR GONZÁLEZ, S. Situación actual de la Gestación por sustitución...op cit. p. 904.

³⁹ SALGADO, S.: La gestación subrogada en California: el destino más demandado de Usa, Babygest, 2016. Recuperado de: <https://www.babygest.es/gestacion-subrogada-en-california/>.

⁴⁰ HEREDIA CERVANTES, I.: La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución...op.cit. p. 712.

nacimiento, donde ya no aparece el nombre de la madre gestante, y sí que se recogen los datos del padre o padres intencionales⁴¹.

Pues bien, una vez que los padres vuelven de California con la resolución judicial, se tiene que constatar por el Encargado del registro, que ésta constituye título suficiente para el acceso al Registro Civil, pues dicha decisión “está llamada a desplegar efectos en España y convierte en título inscribible, no ya a la mera certificación registral sino a la resolución judicial de la que trae causa”⁴².

Estas resoluciones judiciales se adaptan a los requisitos y criterios exigidos por la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010. Pues en base a ella, la madre gestante, no puede disponer ningún procedimiento de reclamación de derechos debido a que el juez de California, ya los ha declarado extinguidos.

5. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL SOBRE LA FILIACIÓN EN EL REGISTRO CIVIL DERIVADA POR LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.

Partiendo de la idea, de que la maternidad de los hijos nacidos por maternidad subrogada se determina por el parto, mientras que la paternidad se establece por parte del padre biológico, el artículo 10.3 de la Ley 14/2006 LTRA permite la acción de reclamación de la paternidad por parte del padre biológico y por tanto la filiación paterna. Pues bien, a continuación se van a analizar las sentencias vertidas sobre la nulidad del registro de la filiación de un menor nacido por sustitución.

5.1. Análisis de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011. Sentencia denegatoria de inscripción de filiación.

Esta sentencia trata sobre la filiación de los hijos de dos ciudadanos españoles nacidos fuera de España gracias a la técnica de gestación por sustitución. Una pareja formada por dos hombres acuerdan con una mujer en California la gestación por sustitución de sus dos hijas gemelas. Al nacer sus dos niñas, éstos solicitan su

⁴¹ Ibidem. pp. 696 y 697.

⁴² HEREDIA CERVANTES, I.: La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución...op.cit. p. 698.

inscripción en el Consulado Español de Los Ángeles, constando ellos dos como padres biológicos. El encargado del Registro Civil Consular dicta auto negando su inscripción, pues estos niños han nacido fruto de un contrato de gestación por sustitución, acción que es considerada ilegal en España en base a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

En dicha sentencia se fundamenta que en virtud del artículo 10 de la LRTA se determina la “nulidad del contrato de gestación por sustitución con independencia de que medie o no precio, es verdad, tal como argumenta el abogado del estado, que la declaración de nulidad del contrato no lleva aparejada en dicho texto legal sanción administrativa alguna, ni la celebración del mismo tiene trascendencia penal”⁴³. Pero el hecho de que el acuerdo de voluntades no suponga sanción, no implica que no tenga trascendencia jurídica alguna. Pues la ley establece que los hijos nacidos por gestación sustituida, su filiación se determina por el parto. Es decir, “la filiación del menor así engendrado se otorga por disposición de la ley a la madre que lo ha dado a luz, lo que supone que la ley española prohíbe expresamente la filiación en casos de gestación por sustitución a favor de otra madre distinta a la que lo ha gestado. En conclusión, la legislación española prohíbe la gestación por sustitución. Y debido a que el encargado del registro civil consular debe, conforme al artículo 23 de la Ley del Registro Civil, examinar la legalidad conforme a la Ley española del certificado extendido en Registro extranjero con carácter previo a su inscripción en el Registro Civil español, al estar prohibida en España la gestación por sustitución debe impedirse el acceso al registro de la inscripción así intentada”⁴⁴. En base a este motivo, se le deniega la inscripción en el Registro Civil y por tanto esos niños no adquieren la nacionalidad española.

El matrimonio interpuso recurso contra dicho auto, que fue resuelto por la Dirección General de los Registros y del Notariado, y en dicha resolución se acuerda revocar el Auto y se procede a la inscripción de los menores en el Registro Civil consular. Dicha resolución fue impugnada por el Ministerio Fiscal y fruto de ello, llega al Juzgado de Primera Instancia Núm. 15 de Valencia, por medio de la cual, se determina que la inscripción efectuada se ha de cancelar.

⁴³ Juzgado de Primera Instancia Nº 15 de Valencia, Sentencia de 15 Septiembre de 2010, (rec. 188/2010) FJ 3.

⁴⁴ Juzgado de Primera Instancia Nº 15 de Valencia, Sentencia de 15 Septiembre de 2010, (rec. 188/2010) FJ 3.

La motivación que se expresa en dicha sentencia es contradictoria, pues el juez reconoce que en interés del menor sería necesario registrar su filiación, en base al “interés superior del menor se aconseja la inscripción en el Registro Civil español de la filiación que consta en el registro extranjero pues en caso contrario los menores podrían quedar privados de filiación inscrita en el Registro Civil y los menores tienen derecho a una identidad única. Resulta indudable que esta afirmación es acertada pero 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”⁴⁵. Y la sentencia concluye indicando que hay otros cauces que permiten que estos niños aparezcan inscritos en el Registro Civil.

Como podemos ver, esta sentencia establece que los comitentes no pueden ser reconocidos como los padres de los menores y lo que hace es anular la filiación que se había reconocido en el Registro Civil. Aunque tal y como señala el propio Tribunal, el padre biológico sí que puede ser reconocido, pues es el sujeto que aporta el material genético, mientras que el cónyuge que no aporta perfil genético no puede ser inscrito como padre. Esto lleva a que una vez que el niño ha sido reconocido como hijo del padre, el otro cónyuge podría adoptarlo previa renuncia de la madre gestante.

El matrimonio no satisfecho con la resolución interpone recurso de apelación. La Audiencia Provincial de Valencia confirma la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y deja sin efecto la inscripción efectuada en el Registro Civil Consular de los Ángeles. Esta sentencia fue recurrida ante la Audiencia Provincial, pero se mantienen los mismos fundamentos y sigue dejando sin efecto la inscripción en el registro civil que se había dispuesto al principio, a pesar de indicar los padres que los niños quedarían desprotegidos⁴⁶.

La Audiencia Provincial al igual que el Juzgado de Primera Instancia establece que con carácter previo a la inscripción en el Registro Civil, se ha de realizar un control de legalidad y debido a que en España no se permite la gestación por sustitución en

⁴⁵ Juzgado de Primera Instancia Nº 15 de Valencia, Sentencia de 15 Septiembre de 2010, (rec. 188/2010) FJ 4.

⁴⁶ Sentencia de la Audiencia Provincia de 23 de noviembre de 2011, (rec. 949/2011) FJ 5.

virtud del artículo 10 LTRA, calificando dicha norma de policía, de conformidad con el artículo 9.1 del Reglamento 593/2008, el tribunal sigue denegando la inscripción.

Los recurrentes indican que en virtud de la Instrucción de 7 de octubre de 2010 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sería posible inscribir el nacimiento de los menores. Pues por medio de esta resolución se permite su inscripción en base a que la resolución judicial se desarrolla con un procedimiento análogo al español. Sin embargo, la Audiencia expone que en dicha resolución no se indica la identidad de la madre gestante, por lo que no se podría inscribir la filiación en el Registro Civil⁴⁷.

Por último, la Audiencia indica que siguiendo la doctrina establecida por el TEDH, es necesario tener en cuenta que en toda aquella resolución en la cual se vincula a un menor de edad, debe de partir del interés del menor. Sin embargo, en virtud de la satisfacción de dicho interés no se puede vulnerar la ley y por tanto se considera que no se puede proceder a la inscripción de la filiación de los menores. Más aún cuando la propia legislación estatal permite otros cauces para reconocer a los menores, como puede ser la de efectuar la adopción de los menores⁴⁸.

5.2. Análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2013. Sentencia denegatoria de inscripción de filiación.

En sentido similar al anterior se pronuncia el Tribunal Supremo, pues en base a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, se deniega la inscripción de los menores, para de esta manera evitar la explotación del estado de necesidad en el que se pueden encontrar las mujeres jóvenes con bajos recursos económicos. De este modo, el Tribunal Supremo deniega la inscripción en base a impedir la mercantilización de la gestación y la filiación, pues esto provocaría que sólo aquellos sujetos que tienen unos recursos económicos muy elevados puedan recurrir a este medio de gestación⁴⁹.

⁴⁷ JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M.V.: La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales. *Anuario Facultad de Derecho*, Universidad de Alcalá, 2012, Acceso en: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/28B6363B6BB1D4EF05257D3F0075502E/\\$FILE/inscripcion_jimenez_AFDUA_2012.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/28B6363B6BB1D4EF05257D3F0075502E/$FILE/inscripcion_jimenez_AFDUA_2012.pdf).

⁴⁸ Ibidem.

⁴⁹ STS de 16 de diciembre de 2013, (rec 834/2013), en este mismo sentido STS de 15 de enero de 2014.

El Tribunal Supremo, basaba sus argumentos, en la protección de la dignidad de la mujer gestante y del niño y exponía que de esa forma se evita que los intermediarios puedan realizar negocio con ellos.

Tal y como expone el Tribunal Supremo la denegación de la inscripción de la filiación no viene motivada por ser un matrimonio formado por dos varones, sino que se debía a la celebración de un contrato de gestación por sustitución. Actuación que está reconocida como ilegal en base a la LTRA⁵⁰.

Otro de los argumentos que esgrimen los recurrentes, es el interés superior del menor, a este respecto, el Tribunal Supremo expone que en virtud del interés del menor no se puede alcanzar cualquier resultado. Sino que se han de tener en cuenta los valores que asumen dicha sociedad, las reglas legales, los principios que inspiran la legislación nacional y las convenciones internacionales. Por tanto la decisión no se puede basar en el punto de vista del juez, sino que este ha de aplicar la ley y colmar las lagunas que haya. Pero no puede dictar una sentencia contraria a lo previsto en la ley⁵¹.

Esta sentencia no es adoptada con unanimidad, pues cuatro de los Magistrados emitieron un voto particular, en el que se disponía, que no aceptaban dicho acuerdo, pues en virtud del interés del menor, se ha de inscribir la filiación de los menores, pues en caso contrario, los niños estarían en una situación de indefensión.

5.3. Análisis de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014.

En el asunto *Menesson y Labassee* contra Francia, el TEDH obliga a inscribir en el Registro Civil la filiación de los gemelos nacidos en California, nacidos por medio de la técnica de reproducción asistida, gestación por sustitución. Y además, exigen que se les atribuyan la nacionalidad francesa⁵².

Francia se niega a reconocer a estas niñas, y por tanto no las inscribe en el Registro Civil, en base a que dicha actuación es considerada contraria al orden público francés, pues en su Código Civil, se establece que el cuerpo y el estado de las personas es indisponible.

⁵⁰ STS de 16 de diciembre de 2013, (rec 834/2013), FJ 4.

⁵¹ STS de 16 de diciembre de 2013, (rec 834/2013), FJ 5.

⁵² STEDH de 26 de junio de 2014, asunto *Menesson* contra Francia (rec. 65192/11); asunto *Labassee* contra Francia (rec. 65941/11).

En esta sentencia, el TEDH establece que el artículo 8 se aplica tanto a la vida familiar como a la vida privada. Reconociendo que estos padres se han ocupado de los niños viviendo juntos estableciendo una vida familiar⁵³.

El Tribunal argumenta, que el hecho de no reconocer a los niños como hijos de los comitentes, hace que éstos se encuentren en una situación de incertidumbre jurídica, pues éstos fueron reconocidos en el extranjero como hijos de los recurrentes y Francia les niega tal condición, lo cual hace que no se pueda identificar su propia identidad. Además, se establece que con dicha prohibición, los niños verán mermados sus derechos sucesorios, los cuales serán calculados de manera menos favorable, al ser considerados como legatarios y no como hijos⁵⁴.

En base a todo esto, el TEDH establece que con el no reconocimiento de la inscripción de los bebés, se está ignorando el respeto a la vida privada de estos niños, y por tanto estamos ante una violación del artículo 8 del Tratado. El Tribunal antepone el derecho de los menores al de las normas de acceso al registro de cualquier Estado de la Unión Europea. Concluyendo, que cuando haya en cuestión la situación de un niño, siempre ha de primar el interés superior de éste.

La repercusión que tuvo esta sentencia en España ha sido prácticamente nula, pues el Tribunal Supremo expone que ellos protegen los derechos de los niños por medio de los cauces y los instrumentos que están dispuestos a continuación.

5.4. Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015.

Estamos ante el auto que resuelve el incidente de nulidad que recae sobre la STS de 6 de febrero de 2014⁵⁵. En este caso, se denegó la inscripción del nacimiento y filiación de dos menores nacidos por la técnica de reproducción asistida de la gestación por sustitución. Sin embargo, tras las sentencias del TEDH, se justificaría la revocación de dicha sentencia. Y por tanto, correspondería efectuar la inscripción de nacimiento y filiación de los menores. Sin embargo, el Tribunal Supremo sigue manteniendo su postura, y exponer que las Sentencias del TEDH no es extrapolable a su caso⁵⁶.

⁵³ STEDH de 26 de junio de 2014, asunto Mennesson contra Francia (rec. 65192/11); asunto Labassee contra Francia (rec. 65941/11). FJ 107.

⁵⁴ STEDH de 26 de junio de 2014, asunto Mennesson contra Francia (rec. 65192/11); asunto Labassee contra Francia (rec. 65941/11). FJ 105.

⁵⁵ ATS de 02 de febrero de 2014, (rec. 245/2012).

⁵⁶ ATS de 02 de febrero de 2014, (rec. 245/2012). FJ 6. 10.

El Tribunal Supremo expone que el verdadero problema que se expone en la STEDH, es que en Francia se establecía la absoluta imposibilidad de la filiación de los niños nacidos por esta técnica, pues en Francia por el simple hecho de haber recurrido a esta técnica de reproducción, se prohibía cualquier tipo de filiación. Sin embargo, en España sí que se permite la determinación de la paternidad biológica, pues “el legislador ha entendido que lo más adecuado para proteger el interés del menor, es la filiación biológica y el establecimiento de lazos filiales como consecuencia de la existencia de un núcleo familiar de facto en el que estén integrados los menores, el progenitor biológico y su cónyuge, como por ejemplo los derivados de la adopción, en la que el interés del menor se controla y protege por el juez que la constituye (art. 176 del Código Civil). Y esta cuestión no ha sido la planteada en el proceso”⁵⁷. En este caso el Tribunal Supremo ha dejado ver, que lo exigido en España es que estos niños se han de inscribir en base a la filiación biológica paterna y posteriormente se establecería la adopción por parte del cónyuge, efectuando dicha acción en base al interés superior del niño

Por tanto, el Tribunal concluye que en el caso objeto de litigio “no existe una situación de incertidumbre equiparable a la de los menores de los casos resueltos por el Tribunal de Estrasburgo, que se veían imposibilitados de por vida para ver reconocida su filiación por el ordenamiento jurídico nacional, con las consecuencias que ello traía respecto de la adquisición de la nacionalidad francesa y sus derechos sucesorios. En nuestro caso, los inconvenientes que puedan surgir en el proceso de fijación de la filiación biológica paterna y de adopción son transitorios, superables, y no alcanzan un nivel de gravedad tal que puedan considerarse constitutivos de un desequilibrio entre los intereses de la comunidad, fijados en su legislación sobre filiación y reproducción humana asistida, y el interés de los menores”⁵⁸. En definitiva, el Alto Tribunal indica que la sentencia española respeta el derecho a la vida privada de los menores y permite la determinación de su identidad⁵⁹.

⁵⁷ ATS de 02 de febrero de 2014, (rec. 245/2012). FJ 6. 11.

⁵⁸ ATS de 02 de febrero de 2014, (rec. 245/2012). FJ 6. 13.

⁵⁹ ATS de 02 de febrero de 2014, (rec. 245/2012). FJ 6. 13.

CAPÍTULO II: PERMISO DE MATERNIDAD.

1. CUESTIONES PRELIMINARES.

La gestión por sustitución no sólo trae conflicto en el ámbito civil, sino que también repercute al ámbito laboral y social, pues se ha de delimitar si a este tipo de maternidad se le concede el permiso de maternidad o no. Por tanto, en este apartado, se va a analizar, si al margen de la prohibición o no de la gestación por sustitución, la madre comitente, tiene derecho a la prestación por maternidad, la cual va ligada a la suspensión laboral del contrato.

Pues bien, el derecho a la prestación por maternidad viene recogido en el artículo 177 de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante LGSS) y en el artículo 2 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. Dicha situación también es recogida por el artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET), el cual dispone que estamos ante la prestación de maternidad cuando estemos ante: “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”⁶⁰.

Por tanto, se adquiere el derecho a obtener el subsidio por maternidad cuando nos encontremos ante una situación protegida como puede ser la maternidad, la adopción o el acogimiento familiar, así como también, se reconoce el derecho al subsidio por maternidad previsto en el artículo 177 de la LGSS, a los progenitores de hijos nacidos por gestación por sustitución con arreglo a la legalidad vigente en un país

⁶⁰ STSJ de Cataluña, de 15 de septiembre de 2015, (rec. 2299/2015). En el mismo sentido STSJ de Castilla-La Mancha, de 5 de mayo de 2010, (rec. 2887/2010), en la cual se dispone que “no discutiéndose por las recurrentes la filiación de la recién nacida como hija de la demandante, debe incluirse a la demandante en alguna de las situaciones que dan lugar al derecho de prestación por maternidad. Cuando menos, debería equipararse el supuesto de la actora al de la adopción, en el que tampoco ha existido parto pero que sí aparece recogida en el mencionado artículo como situación generadora de la prestación aquí reclamada.”

extranjero, siempre que, por lo demás, se cumplan los requisitos previstos en dicho artículo y concordantes para acceder al mencionado derecho.⁶¹

Para dar respuesta a la cuestión suscitada al comienzo de este apartado, se va a efectuar un análisis jurisprudencial, por medio del cual vamos a dar respuesta a este interrogante.

2. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL PERMISO DE MATERNIDAD TRAS LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.

2.1. JURISPRUDENCIA EUROPEA.

En este apartado, se va a analizar la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el otorgamiento del permiso de maternidad. Para ello, se van a analizar de forma sucinta las Sentencias del TJUE de 18 de marzo de 2014, asunto 363/12 caso Z y asunto 167/12 caso CD. La primera de las analizadas va a ser el asunto Z contra *Government Department*. La Señora Z no puede concebir y decide tener un hijo por gestación sustituida. De dicho acuerdo nace una niña que se encuentra reconocida como hija de la Señora Z y su marido. Pues bien, de vuelta en Irlanda, la señora Z solicita su permiso de maternidad, pues ella trabaja como profesora de educación secundaria. La ley irlandesa otorgaba prestación por maternidad a las mujeres que hayan dado a luz, así como a las que han adoptado, pero no se reconocía este derecho a las mujeres que habían accedido a la maternidad por gestación por sustitución⁶².

La señora Z solicita que se le reconozca tal prestación por analogía, el *Equality Tribunal* interpone una cuestión prejudicial, en la cual se cuestiona, si alguna norma de la Unión Europea reconoce el derecho a la prestación por maternidad a favor de la Señora Z⁶³.

⁶¹ Situación que viene reconocida en virtud de las sentencias 881/2016 y 953/2016 dictadas por el Tribunal Supremo, el 25 de octubre y el 16 de noviembre para la unificación de la doctrina. En SEGURIDAD SOCIAL,; Subsidio por maternidad, situaciones protegidas, 2017. Recuperado de: http://www.seg-social.es/Internet_1/Normativa/116462#documentoPDF.

⁶² STJUE de 18 de marzo de 2014, asunto (C- 363/12), caso Z. FJ 38.

⁶³ STJUE de 18 de marzo de 2014, asunto (C- 363/12), caso Z. FJ 42.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, analiza el caso y dispone “que 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 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. Igualmente, han señalado que el art. 14 de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio 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. Estas Directivas no se aplican a la situación de la maternidad subrogada y no impiden que un Estado miembro proteja estas situaciones si así se establece en su legislación”⁶⁴.

En este mismo sentido se pronuncia en el asunto C-167/12, estableciendo que el Derecho de la Unión Europea no obliga a que se tengan que reconocer los permisos de maternidad a las madres subrogantes. Pues considera que la finalidad del permiso es proteger la salud de la madre y del niño durante un momento de especial vulnerabilidad tras dar a luz. Por medio de este permiso se busca la liberalización temporal de sus obligaciones laborales para atender al menor. Sin embargo, la Directiva 92/85, reconoce este permiso para la madre que ha tenido un embarazo y ha dado posteriormente a luz. En el caso de la gestación subrogada, no se dan estos requisitos, por tanto, el Derecho Europeo no obliga a los Estados miembros a reconocer tal derecho a sus trabajadores. Pero esto no prohíbe que los estados puedan desarrollar una normativa más favorable y otorgarles tal derecho a sus nacionales⁶⁵.

⁶⁴ CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos... op. cit. p. 61.

⁶⁵ STJUE de 18 de marzo de 2014, asunto (C- 167/12), caso CD. FJ 68.

2.2. JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA.

2.2.1. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA.

2.2.1.1. Sentencias estimatorias.

A continuación, se va a efectuar una recopilación con la mayoría de las sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia en sentido favorable, con el objetivo de reconocer la prestación por maternidad. Ésta, en la mayoría de las ocasiones ha sido otorgada en virtud del artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989. Exponiendo los siguientes argumentos:

- Es indudable que los contratos de gestación por sustitución están expresamente prohibidos en nuestro ordenamiento jurídico, sin embargo, los tribunales no entran a conocer de dicha cuestión, pues el objeto del litigio es la prestación de maternidad.
- A efectos de la prestación de maternidad, se considera que la gestación por sustitución es equiparable a la adopción y acogimiento preadoptivo. Y establece que lo que se ha de tener en cuenta es el interés del menor, tal y como se establece en el artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, pues dicha cobertura lo que busca es dar la protección adecuada al hijo nacido fruto de la maternidad⁶⁶.
- Por medio de la prestación por maternidad se busca que el padre o la madre pueda atender y cuidar al menor, así como el estrechamiento de lazos entre ambos⁶⁷.

La primera de las sentencias que se van a analizar es la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias⁶⁸. Esta sentencia resuelve el recurso interpuesto contra la Sentencia del Juez de lo Social número 2 de Oviedo. El INSS deniega el derecho a la madre a recibir la prestación por maternidad. Por el contrario, el Juzgado de lo Social considera que se ha de conceder la prestación por maternidad, pues

⁶⁶ STSJ del Principado de Asturias, Sala de lo Social, Número 2, de 20 de septiembre de 2012, (rec. 212/2012), FJ 4.

⁶⁷ STSJ del Principado de Asturias, Sala de lo Social, Número 2, de 20 de septiembre de 2012, (rec. 212/2012), FJ 5.

⁶⁸ STSJ del Principado de Asturias, Sala de lo Social, Número 2, de 20 de septiembre de 2012, (rec. 212/2012).

lo verdaderamente relevante es el derecho del menor. La sentencia fue recurrida por el INSS y el Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias considera que la sentencia es adecuada a derecho y a la madre le corresponde dicha prestación, en virtud a los fundamentos establecidos con anterioridad.

Poco después se pronunció el TSJ de Madrid, el 18 de octubre de 2012⁶⁹. En este caso, la prestación fue solicitada por el padre biológico de una niña nacida en EEUU, en California. Los argumentos que se esgrimen en primera instancia, es que no se le puede otorgar la prestación por maternidad aplicando el artículo 133 bis y ter de la LGSS, pues es imposible que los interesados adopten una niña que figura como propia, por tanto no se le puede conceder la prestación por maternidad⁷⁰. El TSJ de Madrid, resuelve el recurso de suplicación interpuesto con la sentencia anterior y expone que: debido a que la LGSS no excluye de las prestaciones a la maternidad subrogada y que la casuística que da lugar a la concesión de dicho permiso, no es un listado cerrado, el Tribunal considera que este tiene derecho a disfrutar la prestación por maternidad⁷¹.

Igual fundamentación se establece en la sentencia del TSJ de Madrid de 23 de diciembre de 2014⁷². Sin embargo, en este caso se recoge la peculiaridad de que “concorre una igualdad jurídica esencial entre las situaciones de un solo progenitor determinado, adoptante o acogedor y casos como el presente en el que uno de los progenitores ha renunciado expresamente a todos sus derechos, lo que permite asimilar el caso a las situaciones de monoparentalidad y concluir reconociendo a D. Ramón el derecho al disfrute de la prestación de maternidad por ser más beneficiosa para el niño que la de paternidad, donde el período de descanso es más corto”⁷³.

A continuación se va a hacer mención expresa a una nueva sentencia, pues ésta en su fundamentación recoge tanto las sentencias dictadas por el TJUE, como las pronunciadas por TEDH. La Sentencia del TSJ de Canarias, sede Las Palmas, de 27 de marzo de 2015 trae a colación el caso *Menesson v. France*, el cual dispone que “a la hora de interpretar las normas y de decidir qué interés es prevalente, se ha de atender al

⁶⁹ STSJ de Madrid de 18 de octubre de 2012, Sala de lo Social, Sección 4ª, (rec. 668/2012). En este mismo sentido, SSTJ de Cataluña de 23 de noviembre de 2012, (rec. 7985/2012); TSJ de Cataluña de 9 de marzo de 2015, (rec. 1760/2015); STSJ de Canarias, Las Palmas, de 4 de noviembre de 2016, Sala de lo Social, Sección 1ª, (rec. 741/2016).

⁷⁰ STSJ de Madrid de 18 de octubre de 2012, Sala de lo Social, Sección 4ª, (rec. 668/2012). FJ 1.

⁷¹ STSJ de Madrid de 18 de octubre de 2012, Sala de lo Social, Sección 4ª, (rec. 668/2012). FJ 5.

⁷² STSJ de Madrid de 23 de diciembre de 2014, Sala de lo Social, sección 3ª, (rec. 121/2014).

⁷³ HERRANZ HERGUEDAS, M.: Derecho del padre a la prestación de maternidad: gestación por sustitución. Acceso en: <http://www.asesoriayempresas.es/articulo/JURIDICO/233325/derecho-del-padre-a-la-prestacion-de-maternidad-gestacion-por-sustitucion-stsj-madrid-23-diciembre>.

interés superior del menor en virtud del artículo 8 en relación con el 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos”. En cuanto a las Sentencias usadas del TJUE se destaca la de 18 de marzo de 2014, la cual establece que en nuestro ordenamiento hay “disposiciones legislativas, reglamentarias o administrativas más beneficiosas que el contenido de mínimos de la Directiva 92/85/CEE de 19 de octubre de 1992. Pues la Directiva establece unas medidas mínimas destinadas a la protección de la salud y seguridad de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. Esto implica que en base a ese marco de mínimos, el destinatario de la prestación por maternidad no podría ser un padre biológico”⁷⁴. Sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia otorga la prestación de maternidad, pues considera que es un derecho del menor y considera que no se le puede privar a este del derecho a recibir la atención, el bienestar y el cuidado que su persona merece. El Tribunal considera que el dispensar atención al menor es un elemento prioritario de la prestación por maternidad. Por tanto, en dicha sentencia se le reconoce la prestación por maternidad al padre en virtud del actual artículo 177 LGSS, pues resulta más favorable que lo dispuesto en la Directiva 92/85CEE.

Cuestión diferente es la reclamada por medio de la Sentencia TSJ de Castilla-La Mancha, de 27 de mayo de 2015, en ésta ya se venía reconociendo la prestación por maternidad y lo que se pide son 18 semanas de permiso de maternidad, pues había sido un parto múltiple y expone que la Dirección General de Trabajo e inmigración, ha descontado del permiso de maternidad, el desplazamiento a EEUU y que por tanto se ha vulnerado el artículo 133 ter de la LGSS. El Tribunal de Justicia expone que no ha habido vulneración de tal artículo pues el juez de primera instancia ha reconocido de

⁷⁴ SSTSJ de Canarias, Las Palmas, de 27 de marzo de 2015, Sala de lo Social, Sección 1ª, (rec. 575/2015). FJ 2. En este mismo sentido TSJ Cataluña, de 11 de febrero de 2016, Sala de lo Social, Sección 1ª, (rec. 923/2016); TSJ de 19 de julio de 2016, Sala de lo Social, Sección 1ª, (rec. 4766/2016); TSJ Cataluña de 23 de diciembre de 2016, Sala de lo Social, Sección 1ª, (rec. 7625/2016); TSJ Cataluña de 15 de febrero de 2017, Sala de lo Social, Sección 1ª, (rec. 1186/2017); TSJ Cataluña de 17 de marzo de 2017, Sala de lo Social, Sección 1ª, (rec. 1930/2017); TSJ de Cataluña de 7 de marzo de 2016, Juzgado de lo Social nº 6, (rec. 865/2015). En esta última sentencia en su FJ 3, se establece “que la normativa europea, en concreto la Directiva 92/85/CEE del Consejo, no obligue a los estrados miembros a reconocer un permiso de maternidad en caso de gestación por sustitución al llamado progenitor subrogado (no gestante), no significa que lo prohíba. La normativa europea no podrá entonces invocarse para solicitar el permiso, pero tampoco para denegarlo. Nada impide que los estados miembros, con un criterio más favorable que las normas europeas de armonización, extiendan el reconocimiento de permisos laborales (y, en consecuencia de las prestaciones de Seguridad Social asociadas a los mismos) a situaciones equiparables, como la maternidad o paternidad por subrogación”. Ampliando el pronunciamiento recogido por las otras sentencias.

manera directa la aplicación de las 18 semanas de prestación por maternidad, manteniendo dicho tribunal el permiso otorgado⁷⁵.

Respecto a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 15 de septiembre de 2015, se va a destacar que se otorga la prestación de maternidad a la madre comitente, en base al siguiente argumento: “el derecho a la prestación de maternidad de los artículos citados se refiere a ambos sexos. Pues este se otorga con una doble finalidad, tanto para el descanso de la madre como para el cuidado y atención del menor. Pues bien, teniendo en cuenta que la Ley 14/2006 no regula la prestación por maternidad, ni tiene que condicionar la atención de los menores, se puede decir que estamos antes una laguna legal, pues la norma que se va a aplicar es la LGSS. Por tanto, se va a considerar que la prestación por maternidad en los casos de gestación subrogada se va a conceder al padre o a la madre de manera indiscriminada, con independencia del sexo, considerándola como un caso similar al acogimiento o a la adopción⁷⁶”.

2.2.1.1. Sentencias desestimatorias.

En este apartado se van a analizar algunas sentencias por las que se deniega la prestación de maternidad. Veremos que todas ellas son anteriores a octubre de 2016, pues en ese momento se pronuncia el Tribunal Supremo a favor de la concesión de las prestaciones por maternidad en aquellos casos en que se desarrolle la gestación por sustitución, estableciendo que la prestación por maternidad es un derecho reconocido no sólo a las madres, sino a los niños.

En cuanto a los motivos en los que fundamenta estas sentencias su negativa, se basa en uno, el cual consiste en la interpretación de manera errónea de la jurisprudencia vertida por el TJUE. En dichas sentencias se establece que no tienen derecho a la prestación de maternidad, pues tal situación no es establecida por la Directiva. Tal y como se ha expuesto en las sentencias favorables, el hecho de que no se haya reconocido en el derecho europeo, no quiere decir que no se pueda reconocer la prestación por maternidad, pues la Directiva, es de mínimos, lo cual implica que los Estados miembros pueden reconocer más derechos de los estrictamente establecidos en la Directiva.

⁷⁵ STSJ de Castilla-La Mancha, de 27 de mayo de 2015, Sala de lo Social, Sección 1ª (rec. 120/2016). FJ. 4. STSJ de Madrid de 12 de febrero de 2016, (rec. 120/2016).

⁷⁶ MERCADER UGUINA, J.R.: La creación por el Tribunal Supremo de la prestación por maternidad subrogada...op. cit. pp. 457 y ss.

En la STSJ del País Vasco de 13 de mayo de 2014, se resuelve el recurso interpuesto por el INSS, contra la sentencia del Juzgado de lo Social, el cual reconoce el derecho de María Ángeles a la prestación de maternidad, condenando a la entidad gestora al abono de la prestación. Este derecho nace en virtud a que María Ángeles tiene dos gemelos y la Corte Superior de Justicia del estado de California, reconoce que es la única progenitora de los niños y le atribuye la custodia legal y física de los niños.

Posteriormente en esta sentencia, se establece que no dispone de tal derecho, pues se han dictado dos sentencias del TJUE, las cuales establecen que no es necesario reconocer la prestación por maternidad, en virtud de los siguientes fundamentos:

- “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.
- El artículo 14 de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, 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 sexo⁷⁷.

En igual sentido se resuelve la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 7 de julio de 2014, en la cual se determina que Doña Irene trabaja como médico inspector para la CCAA de Madrid, prestando servicios para la Consejería de Sanidad. En 2013, Doña Irene obtiene sentencia de la Corte Suprema de California, la cual dispone que ella y Don Elías sean los padres del nasciturus. El bebé es inscrito en el Registro Civil de San Diego. Fruto de ello, la madre solicita la prestación de maternidad, la cual le es denegada, pues se considera que dicha situación no se encuentra protegida por la prestación de maternidad.

La madre interpuso sendos recursos siendo todos ellos denegados, hasta llegar al Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el cual también los denegó en base a la doctrina del TJUE, dispuesta en el caso anterior. Aunque este Tribunal establece que anteriormente si había reconocido la prestación de maternidad, establece que tras las

⁷⁷ STSJ del País Vasco, de 13 de mayo de 2014, (rec. 749/2014). FJ 4. En el mismo sentido, TSJ de Sevilla de 4 de febrero de 2015, Sala delo Social, (rec. 1317/2014).

sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia, se ve obligado a aplicar la doctrina expuesta en las mismas y por tanto tiene que denegar el derecho a la prestación por maternidad⁷⁸.

2.3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.

2.3.1. Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2016.

En este caso, el recurrente tuvo dos hijas que nacieron mediante la técnica de reproducción asistida, en Nueva Delhi, y éstas fueron gestadas en virtud de un contrato de gestación subrogada. En fecha 25 de septiembre de 2013, las menores fueron inscritas en el Registro Civil del Consulado de España, aceptando el padre de las menores al ejercicio de la patria potestad de manera unilateral, renunciando la madre biológica a la custodia de ambas niñas.

Al igual que en el anterior caso, no se discute la filiación de las niñas, sino el derecho a la obtención de la prestación por maternidad por parte del padre. Éste había solicitado la prestación ante el INSS, pero se le denegó dicha prestación, pues para el organismo, no se encontraba en ninguna de las situaciones que protege el artículo 177 LGSS. Tras interponer el conveniente recurso frente al INSS y ser denegado, éste acude a los tribunales interponiendo demanda ante el Juzgado de lo Social Número 2 de Mataró, de fecha 17 de diciembre de 2014. Éste desestimó su petición, y se interpone recurso contra el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña el cual dispone que la inscripción en el Registro Civil de la filiación, establece una situación análoga a la de adopción o acogimiento, situaciones a las que si se les reconoce la prestación por maternidad, con independencia del sexo del que solicita dicha prestación.

El INSS no conforme con la resolución adoptada, interpone recurso de casación para la unificación de la doctrina ante el Tribunal Supremo. El Tribunal Supremo, establece que está de acuerdo con la doctrina seguida por el Tribunal de Justicia de Cataluña exponiendo los siguientes argumentos:

⁷⁸ STSJ de Madrid, Sala de lo Social, Sección 5ª, de 7 de julio de 2014, (rec. 612/2014), FJ 1. En el mismo sentido, STSJ País Vasco de 3 de mayo de 2016, Sala de lo Social, Sección 1ª, (rec. 885/2016).

- Tal y como se establece en el artículo 8º del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, todas las personas tienen derecho al respeto de su vida privada y familiar, y por tanto queda prohibido la injerencia de las autoridades públicas en el ejercicio de este derecho, excepto cuando dicha cuestión 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”⁷⁹. Pues bien, el TEDH considera que se infringe dicho artículo cuando, el Tribunal de Casación francés niega el reconocimiento del vínculo de filiación con su padre biológico, pues no le permite ni reconocerlo como hijo ni adoptarlo. Para el TEDH, el Estado francés ha ido más allá de lo que permite el margen “discrecional y ha ignorado el derecho de las niñas a su vida privada”⁸⁰.
- La doctrina del TJUE, considera que no es discriminatorio el hecho de denegar la prestación 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”⁸¹. Para llegar a esa conclusión, el TJUE analiza la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992 y la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, en ambos casos, dispone que dichas directivas no obliga a los Estados miembros, ni al empresario a otorgar el permiso de maternidad a la madre subrogante. Pero esto no impide que los Estados puedan reconocer tales derechos a favor de sus nacionales.
- El Tribunal Supremo establece que no se puede denegar el acceso a la prestación por maternidad, en virtud de la Ley 14/2016, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, pues dicha disposición legal no regula la prestación por maternidad, ni el contenido de la misma puede limitar el derecho de atención que reconoce la prestación por maternidad. El Tribunal Supremo

⁷⁹ STS de 25 de noviembre de 2016, (rec. 3818/2015) FJ 3.

⁸⁰ STS de 25 de noviembre de 2016, (rec. 3818/2015) FJ 3.

⁸¹ STS de 25 de noviembre de 2016, (rec. 3818/2015) FJ 4.

reconoce que en virtud de la Ley 14/2016, no se puede privar a un menor de quienes actúan como padres⁸².

- La inscripción de las menores en el registro civil podría asimilarse a la de adopción o al acogimiento, pues para estas prestaciones sí que se establece el acceso a la prestación por maternidad. Pues aunque la actual regulación no contempla este supuesto, eso no impide que en virtud del cumplimiento de los principios constitucionales de protección al mejor y la conciliación de la vida familiar y laboral, se pueda reconocer este derecho.
- El artículo 133 bis de la LGSS/1994 (actual 177 LGSS), establece las situaciones protegidas por medio de las prestaciones, estableciendo que se reconocen como “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”⁸³. Como se puede observar entre los supuestos reconocidos no se recoge la gestación por sustitución, pero a juicio del Tribunal Supremo, no se puede considerar que sea una lista cerrada y que por medio de la analogía se aconseja asimilar el supuesto al de acogimiento. Por tanto, para este Tribunal, las situaciones protegidas se encuentran en un listado parcialmente abierto.
- En virtud del interés superior del menor y de la igualdad ante la ley de los hijos, con independencia del nacimiento, se considera “conveniente que quien es y actúa como progenitor pueda estar a su cuidado al amparo de la situación protegida por la Seguridad Social (relevado de su actividad laboral, percibiendo prestaciones económicas)”⁸⁴.
- La prestación por maternidad, es la protección que da el estado frente a un estado de necesidad real. En efecto, cuando es el padre el sujeto que se encarga

⁸² STS de 25 de noviembre de 2016, (rec. 3818/2015) FJ 5.

⁸³ STS de 25 de noviembre de 2016, (rec. 3818/2015) FJ 6.

⁸⁴ STS de 25 de noviembre de 2016, (rec. 3818/2015) FJ 9.

del “cuidado de las menores la única forma de atender la situación de necesidad consiste en permitirle el acceso a las prestaciones. Unas prestaciones, obvio es, que están reconocidas por nuestras leyes y que se han denegado como consecuencia de que la gestación deriva de un negocio jurídico nulo”⁸⁵.

En virtud de todos estos argumentos, el Tribunal Supremo, reconoce el derecho que tiene el padre a disfrutar del permiso de maternidad, y por tanto se lo reconoce en virtud al interés superior del menor.

2.3.2. Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 2016.

La recurrente y su marido efectúan un contrato de gestación sustituida con otra mujer, el bebé nace en California y allí mismo es registrado, reconociéndose como hijo de ambos. A la vuelta en España, la madre solicita la prestación por maternidad en el INSS, la cual es denegada, pues al igual que en el caso anterior consideran que la gestación por sustitución no está protegida.

Frente a dicha denegación se presenta demanda frente a la jurisdicción social, la cual deniega el reconocimiento de dicho derecho a la recurrente. Por ello, se interpone recurso frente al Tribunal Superior de Justicia de la Sala de lo Social de Madrid, que dicta resolución el 7 de julio de 2014 –sentencia comentada más arriba. En dicha sentencia también se le niega la prestación por maternidad.

En esta sentencia se recogen los mismos argumentos que en la anterior, y se enfatiza en los siguientes:

- El periodo de las dieciséis semanas del descanso por maternidad y la prestación de Seguridad Social otorgada tiene una doble finalidad, pues persigue la atención de la mujer que acaba de dar a luz, y se protege la especial relación que hay entre la madre y su hijo en el periodo posterior al nacimiento del menor. En el caso de la maternidad por subrogación, la especial relación entre la madre y el hijo es la misma y por tanto tiene que ser respetada⁸⁶.

⁸⁵ STS de 25 de noviembre de 2016, (rec. 3818/2015) FJ 9.

⁸⁶ STS de 16 de noviembre de 2016, (rec. 3146/2014), FJ 7. En el mismo sentido STS de 30 de noviembre de 2016, (rec. 3183/2015).

- El menor y los padres forman un núcleo familiar con los padres que le prestan atención y cuidados y es precisamente esta relación familiar la que ha de protegerse, por medio de la concesión de la prestación por maternidad.

En ambos casos, se solicita el reconocimiento o denegación del derecho a obtener la prestación de maternidad ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social. Ésta es denegada por no ser considerada la gestación de un menor por útero subrogado como situación protegida a los efectos de la prestación o subsidio por maternidad. Ambas partes interponen la reclamación previa, que es desestimada, y posteriormente se interponen sendos recursos ante los Juzgados y Tribunales de lo Social. Todos ellos deniegan el derecho a tal prestación, hasta que el asunto llega al Tribunal Supremo, siendo éste estimado y considerando que si tiene derecho a recibir la prestación de maternidad.

El Tribunal para fundamentar su pronunciamiento, tiene en cuenta “el interés del menor, el carácter parcialmente abierto del listado de situaciones protegidas; la protección a un estado de necesidad real; la interpretación constitucional; o, la paternidad biológica como maternidad subrogada”⁸⁷.

El Alto Tribunal expone que en base al interés del menor, que se encuentra en una nueva familia, los comitentes tienen derecho a pasar a una situación de suspensión de la relación laboral. Por tanto, tienen derecho a recibir las respectivas prestaciones de la Seguridad Social, con independencia de que la situación protegida, figure o no de entre las recogidas en el artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores o en el artículo 177 de la Ley General de la Seguridad Social, pues se va a reconocer su derecho por medio de la analogía, aplicando una solución similar a la que se les da en los supuestos de adopción y acogimiento. Esto se ha venido fundamentando en el hecho de haber declarado nulo el contrato de maternidad por sustitución, considerando el Tribunal Supremo que esta situación no puede perjudicar bajo ningún concepto la protección del menor por parte de la Seguridad Social. Además, de no reconocerse la prestación por maternidad a las mujeres que hubieran sido madres por medio de la maternidad subrogada, se estaría dejando en peores condiciones que a las madres que lo han sido en base a la adopción o el acogimiento.

⁸⁷ CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos...op.cit. p. 68.

Como podemos ver, el tratamiento efectuado por la Sala de lo Civil es totalmente diferente al establecido por la Sala de lo Social. Mientras la Sala de lo Civil se niega de forma total y rotunda al reconocimiento de la filiación de los menores nacidos por medio de la técnica de la gestación por sustitución. La Sala de lo Social, reconoce la prestación por maternidad a las madres y padres que la soliciten, teniendo en cuenta que estamos ante un caso de maternidad por sustitución y que este tipo de maternidad, no viene expresamente reconocida en la ley. Sin embargo, aplican el reconocimiento por analogía y reconocen la prestación.

En efecto, este tipo de maternidad, va a ser tratado por medio de la analogía como un supuesto de adopción o acogimiento valiéndonos de la expresión dispuesta en el artículo 2 del Real Decreto 295/2009 “aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y el acogimiento preadoptivo, permanente o simple, cuya duración no sea inferior a un año, cualquiera que sea su denominación”.

Nuestros jueces reconocen el permiso de maternidad en base a que éste está siendo tratado como una situación de adopción o acogimiento. Indicando que no se puede denegar la prestación por maternidad, en base a que en virtud del artículo 14/2006, de 26 de mayo, se prohíbe este tipo de reproducción asistida. Por tanto, la madre comitente si tiene derecho a recibir la prestación por maternidad en virtud del artículo 177 LGSS y al artículo 2 del Real Decreto 295/2009.

En cuanto a la duración del permiso de maternidad en caso de gestación por sustitución, el subsidio tendrá una duración de 16 semanas ininterrumpidas, esta duración se ampliará en determinados supuestos⁸⁸:

- En casos de parto múltiple, se ampliará en dos semanas por cada hijo, a partir del segundo.
- En el supuesto de discapacidad del hijo, cuando ésta haya sido valorada con un grado superior o igual al 33%, otorgándole dos semanas adicionales.

Para las personas incluidas en el EBEP, se ampliará la duración del permiso en tantos días como el neonato se encuentre hospitalizado, con un máximo de 13 semanas

⁸⁸ SEGURIDAD SOCIAL,.; Duración en caso de maternidad biológica y gestación por sustitución, 2017, Recuperado de: http://www.seg-social.es/Internet_1/Trabajadores/PrestacionesPension10935/Maternidad/RegimenGeneral/Nacimientodelderech28304/28317.

adicionales, con independencia de la duración mínima del período de hospitalización y de su causa.

El período de descanso podrá ser disfrutado por la madre o el padre en su totalidad, pues en este caso no es necesario reservar las 6 semanas inmediatamente posteriores al parto para la madre.

Por tanto, tal y como se ha expuesto, actualmente la Seguridad Social está reconociendo el derecho al subsidio por maternidad en los casos de gestación por sustitución, pues así lo ha establecido el Tribunal Supremo, otorgándosele de forma general las 16 semanas ininterrumpidas que se otorgan en cualquier caso. Periodo que puede verse ampliado si se da un parto múltiple o la discapacidad del hijo.

CONCLUSIONES.

I

La gestación por sustitución está prohibida en España en virtud del artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de Mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Esta ley dispone que el contrato por el que se acuerda la gestación por sustitución será nulo de pleno derecho. Aunque en su artículo 10.3 permite que una vez nacido se puedan efectuar las reclamaciones de paternidad que se estimen convenientes.

II

En virtud de este artículo se han generado una serie de controversias a nivel judicial, cuya doctrina jurisprudencial dispone que, la filiación solicitada que nace en virtud de un contrato de gestación por sustitución es contraria al ordenamiento jurídico en base a tres argumentos:

1. El primer argumento se basa en la dignidad. El Tribunal reconoce que en ordenamientos jurídicos como el nuestro, se considera elemental la protección de la dignidad de la mujer gestante y del niño, y por tanto, no se admite la mercantilización de la gestación y la filiación.
2. El argumento de la discriminación económica. Según el Tribunal Supremo, el legalizar dicha situación llevaría a que determinados intermediarios podrían hacer negocio con mujeres jóvenes en situación de pobreza, aprovechándose de su estado de necesidad. Mientras que por el otro lado, sólo familias con altos recursos económicos podría acceder a esta técnica de reproducción. Mientras que personas con bajos recursos económicos, tampoco tendrían derecho a acceder a ese privilegio.
3. El tercer argumento versa sobre el fraude. El Tribunal expone que la pareja en cuestión acude a otro país en el cual si es legal dicha acción y efectúan un contrato de gestación por sustitución, en este se concreta la gestación, parto y entrega del nacido. Una vez que el bebé ha nacido, éste es entregado a los comitentes y se procede a la inscripción del mismo en el registro civil. El Tribunal Supremo expone que el ordenamiento español declara nulo el contrato de gestación por sustitución, por tanto, no se puede reconocer la filiación de los padres intencionales o comitentes respecto del niño que nazca como consecuencia de dicha gestación por sustitución. Es más, nuestro ordenamiento

no sólo declara nulo el contrato que se efectúa, sino que tipifica determinado supuesto como delito.

III

El Tribunal Supremo es contrario a la legalización de la gestación por sustitución. Pues bien, las familias Españolas acuden a otros estados para usar esta técnica de reproducción asistida. Una vez que han tenido sus hijos acuden a inscribirlos en el Registro Civil, el cual en virtud de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la Dirección General del Registro y del Notariado, exige para poder reconocer a los nacidos en virtud de este contrato, el país en el que se produce el alumbramiento, reconozca la filiación del menor por medio de resolución judicial. De esta manera el registro civil consular inscribirá a los nacidos.

IV

El TEDH por medio de la resolución dictada contra la Sentencia del Tribunal Supremo Francés ha dispuesto, que el menor nacido tras la gestación por sustitución forma parte del núcleo familiar con los padres comitentes que le prestan atención y cuidados parentales, formando una familia de hecho. En virtud del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos humanos, se ha de reconocer a estos niños y se les ha de permitir que formen una familia reconocida legalmente, otorgándoseles una identidad y una nacionalidad para que puedan disfrutar de los derechos que les reconoce el país en el que han nacido. A este respecto nuestro Tribunal Supremo por medio del Auto del 02 de febrero de 2014, ha dispuesto que tal doctrina no es aplicable a nuestro Ordenamiento Jurídico, pues en nuestro caso, ya se establecían cauces que reconocían el derecho de los menores.

V

En relación con el permiso de maternidad, éste si ha sufrido una clara evolución jurisprudencial, pues en un principio había Tribunales Superiores de Justicia que reconocían de manera directa la prestación por maternidad, mientras que había otros que no estaban dispuestos a efectuar tal reconocimiento. El Tribunal Supremo, en virtud de

dos recursos para la unificación de la doctrina establece que en base al interés del menor, que se encuentra en una nueva familia, los comitentes tienen derecho a pasar a una situación de suspensión de la relación laboral. Por tanto, tienen derecho a recibir las respectivas prestaciones de la Seguridad Social, con independencia de que la situación protegida, figure o no de entre las recogidas en el artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores o en el artículo 177 de la Ley General de la Seguridad Social. Pues se va a recoger su derecho por medio de la analogía, aplicando una solución similar a la que se les da en los supuestos de adopción y acogimiento.

El Tribunal Supremo otorga la prestación de maternidad en virtud del interés del menor, el carácter parcialmente abierto del listado de situaciones protegidas; la protección a un estado de necesidad real; la interpretación constitucional; o, en fin, la paternidad biológica como maternidad subrogada

Por tanto, el Tribunal Supremo reconoce que las mujeres u hombres que soliciten la prestación por maternidad, en virtud a la gestación subrogada tienen derecho al disfrute del mismo.

VI

Así tenemos que el tratamiento efectuado por la Sala de lo Civil es totalmente diferente al establecido por la Sala de lo Social. Mientras la Sala de lo Civil se niega a reconocer la filiación de los menores nacidos por medio de la técnica de la gestación por sustitución cuya filiación no venga establecida por medio de resolución judicial a favor de uno de los progenitores. La Sala de lo Social, reconoce la prestación por maternidad a las madres y padres que la soliciten. Teniendo en cuenta que estamos ante un caso de maternidad por sustitución y que este tipo de maternidad, no viene expresamente reconocida en la ley, el Tribunal Supremo por medio de la aplicación por analogía del artículo 177 LGSS reconoce la prestación de maternidad.

BIBLIOGRAFÍA.

AEGES, *Maternidad subrogada: procesos, tipos y costes*, recuperado de: <http://aeges.es/maternidad-subrogada-proceso-tipos-costes/>

ÁLVAREZ DE TOLEDO, L.: *El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional*. CDT. 2014.

BONILLO GARRIDO, L.: El reconocimiento y ejecución de sentencias de maternidad por sustitución. *Diario La Ley*. Núm. 8070, 2013.

CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. Vol. 7. Núm. 2. 2015.

CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 3, Núm. 1, 2011.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010). *Diario La Ley*, Nº 7527, 2011

GRUPO PARLAMENTARIO CIUDADANOS, *Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación*. 2017, Disponible en: <http://cadenaser00.epimg.net/descargables/2017/06/27/67d5eeb8ce8d63b1647bdb88529aaafd.pdf>

HEREDIA CERVANTES, I.: La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución, ADC, tomo LXVI, 2013. p. 702.

HERRANZ HERGUEDAS, M.: Derecho del padre a la prestación de maternidad: gestación por sustitución. Acceso en: <http://www.asesoriayempresas.es/articulo/JURIDICO/233325/derecho-del-padre-a-la-prestacion-de-maternidad-gestacion-por-sustitucion-stsj-madrid-23-diciembre>

JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M.V., La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales. *Anuario Facultad de Derecho*, Universidad de Alcalá, 2012, Acceso en:

[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/28B6363B6BB1D4EF05257D3F0075502E/\\$FILE/inscripcion_jimenez_AFDUA_2012.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/28B6363B6BB1D4EF05257D3F0075502E/$FILE/inscripcion_jimenez_AFDUA_2012.pdf)

LAMM, E.: *Gestación por sustitución, ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres*, *observatori de Biètica i Dret*. Barcelona, 2013

MÁRQUEZ, A.: Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil, *Diario La Ley*, Núm. 7863, 2012

MERCADER UGUINA, J.R.: La creación por el Tribunal Supremo de la prestación por maternidad subrogada: a propósito de las SSTs de 25 de octubre de 2016 y de 16 de noviembre de 2016. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. Vol. 9. Núm. 1, 2017

PARRÓN CAMBERO, M.J.: *Ventre de alquiler*. La Ley. 2014.

SÁEZ-SANTURTÚN PRIETO, M.A.: La maternidad subrogada: estado actual de la cuestión a raíz de la STS de 6 de febrero de 2014. *Diario La Ley*. Núm. 829. 2014.

SALAS CARCELLER, A.: “El registro civil español y la filiación surgida de la gestación por sustitución”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 10, febrero de 2011

SALGADO, S.: *¿Cuántos tipos de maternidad subrogada existen?* Babygest, 2016. Recuperado de: <https://www.babygest.es/tipos-de-subrogacion/>

SALGADO, S.: La gestación subrogada en California: el destino más demandado de Usa, Babygest, 2016. Recuperado de: <https://www.babygest.es/gestacion-subrogada-en-california/>

SEGURIDAD SOCIAL,: *Duración en caso de maternidad biológica y gestación por sustitución*, 2017, Recuperado de: http://www.seg-social.es/Internet_1/Trabajadores/PrestacionesPension10935/Maternidad/RegimenGeneral/NacimientoDerecho28304/28317

SEGURIDAD SOCIAL,: *Subsidio por maternidad, situaciones protegidas*, 2017. Recuperado de: http://www.seg-social.es/Internet_1/Normativa/116462#documentoPDF

SOUTO GALVÁN, B.: Aproximación al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del bioderecho. *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*. Núm. 1. 2005

VELA SÁNCHEZ, A. J.: Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución “pueden” ser inscritos en el registro civil español, *Diario La Ley*, Núm. 8415, 2014

VELA SÁNCHEZ, A.J.: Comentario a la iniciativa legislativa popular para la regulación de la gestación por subrogación en España, *Diario La Ley*, Núm. 8457, 2015

VELA SÁNCHEZ, A.J.: De nuevo sobre la regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011. *Diario La Ley*. Núm. 7815, 2012.

VILAR GONZÁLEZ, S. Situación actual de la Gestación por sustitución, *Revista de Derecho Uned*, Núm 14, 2014.

ANEXO JURISPRUDENCIAL.

• Sentencias Juzgado de Primera Instancia

- Juzgado de Primera Instancia Nº 15 de Valencia, Sentencia de 15 Septiembre de 2010, (rec. 188/2010).

• Sentencia de la Audiencia Provincial

- Sentencia de la Audiencia Provincia de 23 de noviembre de 2011, (rec. 949/2011).

• Sentencias del Tribunal Superior de Justicia

- STSJ de Castilla-La Mancha, de 5 de mayo de 2010, (rec. 2887/2010).
- STSJ del Principado de Asturias, de 20 de septiembre de 2012, (rec. 212/2012).
- STSJ de Madrid, de 18 de octubre de 2012, (rec. 668/2012).
- STSJ de Cataluña, de 23 de noviembre de 2012, (rec. 7985/2012).
- STSJ del País Vasco, de 13 de mayo de 2014, (rec. 749/2014).
- STSJ de Madrid de 7, de julio de 2014, (rec. 612/2014).
- TSJ de Sevilla, de 4 de febrero de 2015, (rec. 1317/2014).
- STSJ de Cataluña, de 9 de marzo de 2015, (rec. 1760/2015).
- STSJ de Canarias, de 27 de marzo de 2015, (rec. 575/2015).
- STSJ de Castilla-La Mancha, de 27 de mayo de 2015, (rec. 120/2016).
- STSJ de Cataluña, de 15 de septiembre de 2015, (rec. 2299/2015).
- STSJ Cataluña, de 11 de febrero de 2016, (rec. 923/2016).
- STSJ de Madrid, de 12 de febrero de 2016, (rec. 120/2016).
- TSJ de Cataluña, de 7 de marzo de 2016, (rec. 865/2015).
- STSJ País Vasco, de 3 de mayo de 2016, (rec. 885/2016).
- STSJ de Madrid, de 19 de julio de 2016, (rec. 4766/2016).
- STSJ Canarias, de 4 de noviembre de 2016, (rec. 741/2016).
- STSJ Cataluña, de 23 de diciembre de 2016, (rec. 7625/2016).
- STSJ Cataluña, de 15 de febrero de 2017, (rec. 1186/2017).
- STSJ Cataluña, de 17 de marzo de 2017, (rec. 1930/2017).

• Auto del Tribunal Supremo

- ATS, de 02 de febrero de 2014, (rec. 245/2012).

- **Sentencias del Tribunal Supremo**
 - STS, de 16 de diciembre de 2013, (rec 834/2013).
 - STS, de 6 de febrero de 2014, (rec. 245/2012).
 - STS, de 16 de noviembre de 2016, (rc. 3146/2014).
 - STS, de 25 de noviembre de 2016, (rec. 3818/2015).
 - STS, de 30 de noviembre de 2016, (rec. 1021/2016).

- **Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos**
 - STEDH, de 26 de junio de 2014, asunto Mennesson contra Francia (rec. 65192/11); asunto Labassee contra Francia (rec. 65941/11).

- **Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea**
 - STJUE, de 18 de marzo de 2014, asunto (C- 363/12), caso Z.
 - STJUE, de 18 de marzo de 2014, asunto (C- 167/12), caso CD.