

LA MATERNIDAD SUBROGADA COMO GENERADORA DE DERECHOS DE CONCILIACIÓN LABORAL

Emma Rodríguez Rodríguez

*Profesora contratada doctora (titular acreditada) de
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Vigo*

EXTRACTO

La maternidad por subrogación constituye una realidad social a la que el Derecho ha de dar respuesta, en especial desde la perspectiva social, lo que incluye tanto la protección de la parentalidad, como el interés del menor. La Unión Europea continúa sin contemplarla jurídicamente como una prestación específica y sin equipararla a ninguna de las ya existentes, lo que también ocurre en nuestro país. Su cuestionada legalidad como una nueva fuente de derechos de parentalidad hasta ahora solo estudiada por los tribunales, generando importantes controversias. Por eso conviene reparar en los aspectos más importantes de esta forma de maternidad y paternidad como generadora de derechos de conciliación en el ámbito laboral y, consecuentemente, de prestaciones sociales. No obstante, su dudosa legalidad exige un cambio legislativo profundo y sosegado, en todos los ámbitos, pues corremos el riesgo de que la equivalencia con figuras ya reguladas provoque nuevas e importantes incertidumbres jurídicas que lejos de solucionar estas situaciones, las empeoren. En este artículo se analizan los actuales problemas surgidos en el ámbito de los derechos laborales derivados de esta nueva manera de ser padres y se proponen alternativas a la situación de inseguridad jurídica creada por las diversas interpretaciones jurisprudenciales.

Palabras clave: maternidad subrogada; principio de igualdad y no discriminación; derechos de conciliación.

Fecha de entrada: 22-06-2017 / Fecha de revisión: 08-07-2017 / Fecha de aceptación: 09-07-2017

THE IMPORTANCE OF SURROGACY IN WORK LIFE BALANCE

Emma Rodríguez Rodríguez

ABSTRACT

Surrogacy has already become a social concern laws should respond to, specially with regard to parenting and child protection. The European Union still doesn't consider the issue as a specific benefit from a legal point of view, without even equating them to any of the existing benefits; currently, Spain is no exception to that. This is a new source of parenting rights which so far has only been considered by courts, thus creating controversy. Therefore, major features of surrogacy might be considered as they generate conciliation rights in labour law and consequently social benefits. Nevertheless, the risk of equating them to already existing legal instruments may lead to legal uncertainty that could worsen this situation rather than provide a solution. Therefore, a thorough and reflected legislative change is needed at all levels. The present article explores the difficulties encountered in the field of labour law derived from this new way of parenthood/motherhood and provides alternatives to legal uncertainty due to judicial interpretation.

Keywords: surrogacy; principle of equality and non-discrimination; work life balance.

Sumario

1. Introducción
2. El derecho a la conciliación como manifestación del principio de igualdad y no discriminación en el empleo
3. La jurisprudencia del TJUE sobre la maternidad por subrogación y los recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo español
4. La repercusión de la maternidad por subrogación sobre la igualdad en el empleo
5. Reflexiones conclusivas: la trascendencia de esta doctrina jurisprudencial. Nuevas incertidumbres

Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

El estado civil del trabajador va a determinar, en muchos casos, sus posibilidades de acceso y permanencia en el mercado laboral. Esta realidad responde a los diferentes tipos de familia, mucho más plural y flexible que en su originaria concepción. Los modos de convivencia actuales, como las parejas de hecho, de distinto o del mismo sexo, los padres divorciados o solteros, junto con sus hijos, han ampliado el concepto tradicional. No obstante, este tipo de hogares, en muchas ocasiones, se encuentran expuestos a sufrir situaciones de desprotección y producir una quiebra en el llamado «estado del bienestar». Resulta fundamental que las normas laborales y de protección social den cobijo a estas familias para evitar la exclusión social que son susceptibles de padecer.

Como es sabido, en el ámbito interno, el principio general de la igualdad se concreta en el artículo 14 del [texto constitucional](#)¹ y su aplicación al ámbito empresarial en el artículo 38 de la [CE](#). Pero es en el Estatuto de los Trabajadores² donde se plasma de manera más concreta. El [artículo 4.2 c\)](#) enuncia de manera genérica este derecho básico de los trabajadores, si bien recoge de manera explícita la prohibición de «discriminación directa o indirecta para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español». Esta previsión se completa con la del [artículo 17 del ET](#), que considera «nulos y sin efecto» los instrumentos normativos autónomos o heterónomos de las relaciones laborales que den lugar en el empleo o en las condiciones de trabajo, en general, a tratamientos discriminatorios por los motivos ya mencionados. En la misma línea, el Tribunal Constitucional ha considerado que cabe una interpretación extensiva de este precepto, de manera que informará toda la vida de la relación laboral, por lo que se prohíbe un trato discriminatorio fundado en alguna de las causas que se prevén en el precepto como factores diferenciales³.

No obstante, el [artículo 17 del ET](#) era considerado insuficiente en comparación con la normativa comunitaria, lo que hacía más necesaria su obligada transposición al ordenamiento interno⁴. A través de la [LOI](#)⁵, se incorporó a nuestra normativa, en primer lugar, el concepto del «acceso al

¹ Constitución Española de 1978 (CE).

² Real Decreto Legislativo 2/2015, de 22 de octubre (ET).

³ Por todas, [STC 34/1984, de 9 de marzo](#).

⁴ LOUSADA AROCHENA, F.: «El principio de transversalidad en el ámbito de las relaciones laborales (un comentario a la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre de 2002)», *RL*, núm. 22, 2003, págs. 33 y ss.

⁵ [Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo](#), para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

empleo» (art. 5 LOI), entendido en sentido amplio, como ya había establecido la doctrina constitucional al reconocer que la discriminación no se limita al momento en el que se genera la relación laboral, sino que también abarca la «continuidad de la propia carrera profesional»⁶. En la misma línea, el artículo 16.2 de la LISOS⁷ ha establecido como infracción muy grave el establecimiento de requisitos de acceso «mediante la publicidad o por cualquier otro medio, que constituyan discriminaciones favorables o adversas para el acceso al empleo por motivos de (...) estado civil (...)»⁸.

Ciertamente, el estado civil como causa protegida de discriminación en el acceso al empleo no encuentra una formulación específica, sino que se encuentra unida inexorablemente a la condición sexual de los trabajadores y, en general, a las posibilidades de estos trabajadores para adaptar su vida personal y su vida profesional sin que ninguna de ellas se vea relegada. De tal forma, la orientación sexual y la condición de familia monoparental son estereotipos personales que deben encontrar cobijo en el principio de igualdad y la prohibición de discriminación en el acceso al empleo.

La orientación sexual del trabajador condiciona su estado civil, por ejemplo, en relación con la posibilidad o no de contraer matrimonio. En el ámbito estrictamente laboral, la orientación sexual ha supuesto una eventual causa de diferenciación que constituye, en muchos casos, una discriminación en el acceso al empleo y en las condiciones de trabajo, apreciada tanto en el ámbito europeo⁹, como por nuestro Tribunal Constitucional¹⁰.

⁶ Por todas, STC 173/1994, de 7 de junio.

⁷ Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, tras la reforma de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre.

⁸ Solo se establece que «los agentes intermediadores deberán comunicar el hecho detectado» (art. 16.2 LISOS en la redacción dada por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre), lo que se considera una previsión poco incisiva, en relación con el principio de igualdad. RODRÍGUEZ CRESPO, M.ª J.: «Límites a la libertad contractual: igualdad y no discriminación en materia de intermediación, selección y contratación de personal», AS, núm. 2/2013, (BIB 2013/935) (última consulta 12 de marzo de 2017). Sobre la controvertida temática del «esfuerzo físico» o «condiciones físicas», según el Tribunal Constitucional solo podrá tomarse en cuenta como circunstancia determinante para la contratación y debe combinarse con otros requisitos que en su conjunto neutralicen cualquier discriminación por razón de sexo. Por todas, STC 58/1994, de 28 de febrero.

⁹ STJUE de 12 de diciembre de 2013, C-267/12, asunto Hay, en la que se estimó la discriminación provocada por una cláusula convencional en virtud de la que se excluye el derecho de obtener determinadas ventajas que se conceden a los trabajadores con ocasión de su matrimonio –días retribuidos de permiso específicos y una prima salarial– a un trabajador que celebra un pacto civil de convivencia con una persona de su mismo sexo, a través del que se constituyen como pareja de hecho registrada, cuando en el Estado miembro no se permite el matrimonio entre homosexuales, de manera que de esta forma el trabajador se encuentra en una situación análoga a la de otro que contraiga matrimonio. Otros pronunciamientos, STJUE de 10 de mayo de 2011, C-147/08, asunto Römer, sobre la vulneración del artículo 2 de la Directiva 2000/78/CE, sobre el derecho de igualdad, se sostiene en el caso de una pensión complementaria de jubilación inferior para parejas de hecho homosexuales en comparación con parejas que hayan contraído matrimonio. En la misma línea, sobre prestaciones, STJCE de 1 de abril de 2008, C-267/06, asunto Maruko.

¹⁰ STC 41/2013, de 14 de febrero, que declaró inconstitucional la disposición adicional tercera, letra c), de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social. Esta norma extendía la pensión de viudedad para el

Dentro de este contexto ha de situarse a la maternidad por subrogación como nueva forma de acceso a la condición de madre y padre, cada vez más extendida, pero cuya falta de regulación por muchos de los Estados miembros, incluido el español, está provocando una perniciosa inseguridad jurídica derivada de las diversas interpretaciones de los tribunales. Se impone la necesidad de reclamar una actuación pro activa del legislador para evitar los abusos a los que puede dar lugar, así como regular específicamente los derechos derivados de esta situación, no solo en el ámbito estrictamente civil, sino también desde la perspectiva social, lo que incluye tanto la protección de la parentalidad, como el interés del menor.

2. EL DERECHO A LA CONCILIACIÓN COMO MANIFESTACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN EL EMPLEO

El principio de igualdad y no discriminación en el empleo se sitúa en el núcleo de los sistemas de relaciones laborales, lo que hace que se regule en los distintos ámbitos del ordenamiento. La crisis económica de los últimos años ha traído de la mano una reformulación de las relaciones laborales, como plasmó el informe de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre «El comercio y el empleo en la crisis mundial»¹¹. El mismo organismo, en su reciente informe en el que aborda las «perspectivas sociales y el empleo en el mundo», llama la atención sobre la proliferación de los llamados «trabajadores pobres», más aun en los países desarrollados, a la vez que pone de manifiesto el continuo aumento de la desigualdad de ingresos y el aumento de la pobreza, desvelando la ineficacia de los programas sociales y de empleo. Además, denuncia que resultan más perjudicados los colectivos «vulnerables», entre los que engloba a mujeres, niños y mayores, pero también estructuras familiares como las monoparentales¹².

Desde sus orígenes, la OIT se ha ocupado del principio de igualdad en el empleo. Ya el **Convenio n.º 111 de la OIT**¹³ definió la discriminación como «cualquier distinción, exclusión o preferencia, basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen racial que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación» y específicamente, en el artículo 1.3 se refirió a la no discriminación en la «admisión en el empleo». Esta norma recogió una visión transversal de la igualdad material, ya que admitió la regulación de medidas de acción positiva previstas a favor del colectivo tutelado «mien-

caso de que el sujeto causante no estuviese casado con la persona beneficiaria, pero solo en aquellos supuestos de parejas de hecho que cumplieren unos determinados requisitos, entre los que figuraba tener hijos en común, lo que era imposible cumplir para parejas del mismo sexo. Sobre este pronunciamiento, CABEZA PEREIRO, J.: «Viudedad para las parejas de hecho por muertes anteriores a 2008: ¿importa la orientación sexual?», *AS*, núm. 1/2013 (BIB 2013/702) (última consulta 12 de marzo de 2017).

¹¹ Informe n.º 87 de la OIT. Fecha de publicación, 10 de diciembre de 2010.

¹² OIT, «**Perspectivas sociales y del empleo en el mundo. Transformas el empleo para erradicar la pobreza**», 2016. <www.ilo.org> (última consulta 12 de marzo de 2017).

¹³ **Convenio n.º 111 de la OIT**, de 1958, ratificado por España en 1967.

tras dure la situación discriminatoria» (art. 5). Asimismo, el [Convenio n.º 122 de la OIT](#) sobre política de empleo y, más en concreto, el [Convenio n.º 181 de la OIT](#), sometieron la actuación de las agencias de colocación al principio de no discriminación en el acceso al empleo, incluyendo «cualquier forma de discriminación cubierta en la legislación y las prácticas nacionales (...)» (art. 5.1).

Más específicos fueron el [Convenio n.º 156](#), de 1981¹⁴, y la [Recomendación n.º 165¹⁵, ambos sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras con responsabilidades familiares. Con estos instrumentos jurídicos el conflicto entre las responsabilidades familiares y profesionales adquiere relevancia propia, dentro del marco de la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras¹⁶. El \[Convenio n.º 156\]\(#\) incidió en la necesidad de prestar atención a menores y otros familiares que precisen de cuidados como medida para conciliar la vida familiar y laboral. Por su parte, la \[Recomendación n.º 165\]\(#\) relacionó aspectos directos contra la discriminación por razón de sexo, como la discriminación positiva, con el mandato a los poderes públicos de prestar garantías laborales y prestaciones de Seguridad Social, así como los servicios suficientes de atención a la familia¹⁷.](#)

En la Unión Europea, la igualdad por razón de sexo se relaciona directamente con la igualdad en el acceso al empleo y a la formación profesional, así como con las medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Concretamente, el artículo 157.3 del [Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea](#) se refiere a la adopción de medidas a nivel europeo destinadas a garantizar la igualdad de trato en asuntos de empleo y ocupación¹⁸.

Esta regulación evolucionó desde el Tratado de Roma, en el que se recogía la igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras¹⁹, concepto sobre el que viene insistiendo hasta la

¹⁴ Ratificado por España el 11 de septiembre de 1985.

¹⁵ Sustituye a la [Recomendación n.º 123](#) de 1965.

¹⁶ Un análisis pormenorizado de estos textos legales, *vid.* HEIN, C.: *Conciliar el trabajo y las responsabilidades familiares*, Colección de Informes OIT, Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2006, págs. 25-26.

¹⁷ La doctrina criticó la poca virtualidad que esta normativa tuvo en nuestro ordenamiento, a pesar de tratarse de un instrumento vinculante; por todos, CABEZA PEREIRO, J.: «La conciliación de la vida familiar y laboral. Situación en Europa», *RDS*, núm. 31, 2005, pág. 25.

¹⁸ [Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea](#), DOUE de 30 de marzo de 2010; en adelante, TFUE. También la [Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#) (2000/C 364/01), artículos 20 y 21.

¹⁹ La finalidad de ese precepto era meramente económica, solo se concibió como una necesidad para luchar contra el «dumping social», *vid.* BAYLOS GRAU, A. y PÉREZ REY, J.: «Sobre el Libro Verde: modernizar el Derecho Laboral para afrontar los retos del siglo XXI», *Cuadernos de la Fundación Sindical de Estudios*, núm. 5, 2006. Con base en esta normativa, el Consejo de las Comunidades Europeas promulgó la [Directiva 75/117/CEE, de 10 de febrero de 1975](#), relativa a la aproximación de legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos. En aplicación de esa norma, el TJCE declara contrarios al Derecho Comunitario los criterios que se fijan en convenios colectivos aplicables aparentemente neutros, que perjudican especialmente a un grupo de individuos por su pertenencia al mismo, sin justificación objetiva, por ejemplo, asuntos Jenkins (C-96/80) y Danfoss (C-109/88).

actualidad la Comisión Europea²⁰, hacia el derecho de igualdad en el empleo. Desde la denominada «**Directiva Marco**»²¹ que prohibió la discriminación laboral entre hombres y mujeres y fue el germen de medidas colectivas en el mismo sentido²², la actividad normativa de la Unión Europea en este campo ha sido cada vez más garantista, no obstante, esa frenética actividad normativa parece haberse estancado o, incluso, a través de la interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), retroceder en derechos ya reconocidos. Precisamente ese mismo tribunal, con base en el texto de la **Directiva 76/207/CEE**, hizo una interpretación amplia del principio de igualdad²³. De hecho, la **Directiva 2002/73/CE**²⁴ también incorporó la doctrina jurisprudencial europea y definió los conceptos de «discriminación directa» y «discriminación indirecta» en relación con el sexo de la persona trabajadora²⁵. Finalmente, la **Directiva 2006/54/CE**²⁶, en sus consideraciones preliminares, se refiere al principio de igualdad entre hombres y mujeres como fundamental en el Derecho comunitario. Incide en la igualdad de retribución, en la que se incluyen todas las prestaciones o indemnizaciones con cargo a la propia empresa²⁷ y los «régimenes

- ²⁰ «**Commission Recommendation on pay transparency and the gender pay**», Bruselas, 7 de marzo de 2014. En este informe se pone de manifiesto que la diferencia salarial entre sexos es del 16% –en España del 18%–, como consecuencia de la denominada «discriminación ocupacional» o «techo de cristal». La Comisión considera que esta es un área fundamental que debe corregirse para conseguir la verdadera igualdad, como ya puso de manifiesto en la «**Strategy for equality between women and men 2010-2015**», COM (2010) 491 final, SEC (2010) 1079 y SEC (2010) 1080.
- ²¹ **Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero de 1976**, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. DO L 39, 14 de febrero de 1976.
- ²² LOUSADA AROCHENA, J. F.: «Maternidad y conciliación en el Derecho Comunitario», en AA. VV., *Derecho social europeo*, Madrid: CGPJ, 2007, págs. 241 y ss.
- ²³ Por todas, asunto Marschall (C-409/95), que establece que una normativa nacional que recoge una «cláusula de apertura a favor de la mujer» no contradice el principio de igualdad comunitario si se garantiza la posibilidad de acceso al varón y se le valora objetivamente de la misma manera que a la mujer. Resulta también de mucho interés el asunto Kalanke (C-450/93) por su confrontación con esta doctrina y posterior Comunicación interpretativa de la Comisión, de 27 de marzo de 1996, que afirma la legitimidad de las medidas de acción positiva. Un análisis de esta doctrina en BALLESTER PASTOR, M.^a A.: «Reserva de puestos de trabajo, acción afirmativa y discriminación inversa (un análisis conceptual y de legalidad tras la sentencia Marschall)», *RL*, núm. 2, 1998, pág. 730.
- ²⁴ **Directiva 2002/73/CE** del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la **Directiva 76/207/CEE** del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo. DO L 269/15.
- ²⁵ Por ejemplo: **STJCE de 13 de julio de 1989, C-171/88, asunto Rinner-Kühn** y **STJCE de 30 de noviembre de 1993, C-189/91, asunto Kirsammer-Hack**.
- ²⁶ **Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006**, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición). DO L 204/23. Efectivamente esta directiva aglutinó otras entre las que destacan las Directivas **76/207/CEE**, **75/117/CEE** y sus respectivas versiones modificadas, dentro de las que se encuentra la **Directiva 2002/73/CE**.
- ²⁷ Hace una referencia expresa a la **STJCE de 17 de mayo de 1990, asunto C-262/88, Barber/Guardian Royal Exchange Assurance Group**.

profesionales de seguridad social»²⁸. Además define «acción positiva» –art. 3–, con base en la cual «los Estados miembros podrán mantener o adoptar las medidas indicadas en el artículo 141, apartado 4, del tratado con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral»²⁹, aunque debe interpretarse de manera que se respete el principio de proporcionalidad, según exige el TJUE «que no se traspasen los límites de lo que es adecuado y necesario para la consecución del objetivo que se persigue con la excepción»³⁰.

Esa intensa actividad normativa y jurisprudencial ha venido acompañada de otros instrumentos de *sofilaw*³¹, entre los que destacan la [Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores](#), de 1989, la Comunicación de la Comisión al Consejo, de 1995, sobre «[Distribución y participación equitativas: para una nueva relación entre hombres y mujeres](#)», y el Acuerdo sobre la Política Social celebrado por los Estados miembros de la Comunidad Europea, a excepción del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte –anexo al Tratado de la Unión Europea, de 7 de febrero de 1992–.

Más recientemente, el impacto del retraimiento económico se ha traducido en normas que intentan favorecer la supervivencia de las estructuras empresariales en detrimento de los derechos sociales. Con base en los criterios de competitividad y productividad, el legislador español ha importado de la normativa europea³² el concepto de la «flexiseguridad»³³ como uno de

²⁸ En este sentido es significativa la [STJUE de 22 de noviembre de 2012, C-385/11, asunto Elbal Moreno](#). Se produce una clara discriminación indirecta por la normativa española sobre los trabajadores a tiempo parcial dado que son un porcentaje muy elevado de mujeres y esto influye peyorativamente sobre las carreras de cotización de las pensiones contributivas. En la misma situación de trabajadores a tiempo parcial –siendo la mayoría trabajadoras mujeres– y su repercusión en la remuneración, [STJCE de 13 de julio de 1989, C-171/88, asunto Rinner-Kühn](#), y sobre despido, [STJCE de 30 de noviembre de 1993, C-189/91, asunto Kirsammer-Hack](#).

²⁹ Sobre el concepto de acción positiva, [STJCE de 25 de octubre de 1988, C-312-86, asunto Comisión contra Francia](#). En el mismo sentido, NIELSEN, R.: *European Labour Law*, Copenhagen: DJØF Publishing, 2000, págs. 236-238, que analiza el asunto [Abrahamsson \(C-407/98\)](#), en el que el Tribunal de Justicia confirma la legitimidad de las acciones positivas en el ámbito de las Administraciones públicas.

³⁰ [STJCE de 15 de mayo de 1986, asunto C-222/84, asunto Johnston](#). Por todas, cabe citar la [STJCE de 11 de noviembre de 1997, asunto C-409/95, Marschall](#).

³¹ Destacan los cinco programas sucesivos sobre la «promoción de la igualdad de oportunidades para la mujer». Otros textos que destacan son la [Recomendación del Consejo 84/635/CEE, de 13 de diciembre de 1984](#), relativa a la protección de acciones positivas a favor de la mujer, y la [Recomendación 92/241/CEE, de 31 de diciembre de 1992](#), sobre el cuidado de hijos y la necesidad de que los Estados miembros incorporen progresivamente iniciativas que permitan a las mujeres y a los hombres conciliar sus responsabilidades familiares y laborales.

³² [Libro Verde «Modernizar el Derecho Laboral para afrontar los retos del siglo XXI»](#), Bruselas, 22 de junio de 2006. COM (2006) 708 final.

³³ Sobre la «flexiseguridad», *vid.* ICHINO, P.: *Il lavoro e il mercato*, Mondadori, 1996; GAZIER V. B. y AUER, P.: *L'introuvable sécurité de l'emploi*, París: Flammarion, 2006; BOYER, R.: *La flexicurity danoise: quels enseignements pour la France?*, París: ENS, 2006; BARBIER, J.-C.: «The European Employment Strategy, a Channel for Activating Social Protection?», *The Open Method of Co-ordination in Action*, J. Zeitel y P. Pochet, 2005; COLOMBET, C.: «La estrategia europea de empleo: balances y perspectivas», *Gaceta laboral*, vol. 13, núm. 3, 2007, págs. 330-356.

sus objetivos principales³⁴. La vigente estrategia europea de empleo, «Europa 2020»³⁵, remarca como prioridad el «crecimiento integrador», pero con más atención a la «flexiseguridad» para garantizar una mayor adaptabilidad de los trabajadores ante las circunstancias cambiantes del mercado laboral³⁶, lo que dificulta la posibilidad del ejercicio real de una conciliación con las responsabilidades familiares. No obstante, el Comité Económico y Social Europeo ha criticado su carácter demasiado general y ambiguo, hasta el punto de que pueda resultar inefectiva contra el elevado desempleo y las desigualdades sociales³⁷, por lo que ha señalado que el concepto de flexiseguridad debería incluir referencias a la calidad del empleo³⁸. De hecho, aunque el Parlamento ha observado tímidas expectativas de crecimiento y creación de empleo, insiste en que deben adoptarse cambios estructurales, con especial atención a los sectores más vulnerables³⁹.

Por su parte, la Comisión Europea, dentro del «primer esbozo preliminar de un pilar europeo de derechos sociales», ha destacado el papel de los «contratos flexibles» para «facilitar la entrada en el mercado de trabajo y fomentar las transiciones profesionales, permitiendo al mismo tiempo a los empleadores responder a los cambios de la demanda». Además, propone reformular el concepto de la flexiseguridad para «definir la mejor manera de aplicarlo en la práctica», pues ha de tenderse a un mercado laboral en el que «merezca la pena trabajar»⁴⁰. Y, sobre la efectividad de la conciliación, remarca la importancia de reforzar las medidas ya existentes –permisos retribuidos–, en especial los de titularidad masculina, y, paralelamente,

³⁴ Preámbulo de la [Ley 3/2012, de 6 de julio](#), de medidas urgentes para la reforma laboral, BOE de 7 de julio de 2012; así como su antecesor, el [Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero](#), BOE de 11 de febrero de 2012.

³⁵ Comunicación de la Comisión «[Europa 2020. Una estrategia para el crecimiento inteligente, sostenible e integrador](#)», de 3 de marzo de 2010, COM (2010) 2020.

³⁶ CABEZA PEREIRO, J. y BALLESTER PASTOR, M.^a A.: *La estrategia europea para el empleo 2020 y sus repercusiones en el ámbito jurídico laboral español*, Madrid: MTI, 2010, pág. 39.

³⁷ Dictamen sobre la «[Propuesta de Decisión del Consejo sobre directrices para las políticas de empleo de los Estados Miembros –parte II de las Directrices Integradas Europa 2020–](#)» en «[Conclusiones de la Presidencia \(Consejo Europeo de Bruselas, 19 y 20 de marzo de 2009\)](#)», Bruselas, 20 de marzo de 2009 (OR. en). 7880/09. CONCL 1. Entre tanto, el proceso se desarrolla, entre otras acciones, con «[Agenda de política social \(2006-2010\)](#)» [COM (2005) 33 final]. Comunicación de la Comisión. «Sobre la Agenda Social Renovada», Dictamen conjunto de los Comités de Protección Social y de Empleo. Bruselas, 28 de noviembre de 2008, 16495/08, SOC 738, ECOFIN 583, EDUC 279; SAN 301, MIGR 123, MI 501.

³⁸ En el mismo sentido, Resolución del Parlamento Europeo de 16 de junio de 2010 sobre la Estrategia UE 2020 (PE 441.929).

³⁹ Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de marzo de 2014, sobre «los aspectos laborales y sociales del papel y las actividades de la Troika», P7_TA-PROV (2014)0240. En concreto se refiere a que se adopten medidas específicas destinadas a mujeres y trabajadores de mayor edad para que se mitiguen las dificultades adicionales a las que se enfrentarán estos trabajadores cuando la economía se recupere.

⁴⁰ Anexo «Primer esbozo preliminar de un pilar europeo de derechos sociales que acompañan a la Comunicación del Parlamento Europeo al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Apertura de una consulta sobre un pilar europeo de derechos sociales». Estrasburgo, 8 de marzo de 2016. COM (2016) 127 final.

incrementar la red de servicios públicos –guarderías–, cuestiones en las que incide este documento inicial en la última versión presentada por la Comisión⁴¹.

En cuanto a las directivas directamente relacionadas con el principio de no discriminación e igualdad por razón de sexo en el empleo, son, en primer lugar, la [Directiva 92/85/CEE](#)⁴², que otorga una protección integral a la seguridad y salud de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en periodo de lactancia. Es una norma que trata de abarcar jurídicamente todos los supuestos relacionados con la maternidad, por ejemplo, también resulta de aplicación en situaciones de riesgo durante el embarazo⁴³.

Y, en segundo lugar, hay que destacar la [Directiva 2010/18/UE, de 8 de marzo de 2010](#), «por la que se aprueba el acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por Business Europe, la UEAPME, el CEEP y la CES y se deroga la Directiva 96/34/CE»⁴⁴. *A priori*, resulta positivo el instrumento legal en el que se han formalizado estos derechos, pues los interlocutores sociales están llamados a desempeñar un «papel especial en la puesta en marcha, aplicación, supervisión y evaluación de este acuerdo, en el contexto más amplio de otras medidas encaminadas a mejorar la conciliación de las responsabilidades profesionales y familiares y a promover la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres» –consideración general n.º 24–. A lo largo de las distintas cláusulas existen referencias a los convenios colectivos como instrumento de regulación o fuente de resolución de conflictos (por ejemplo, cláusulas 5, 6 y 8).

La [Directiva 2010/18/UE](#) reconoce con autocrítica que «las medidas para animar a los hombres a participar por igual en las responsabilidades familiares no han dado suficiente resultado», de manera que «hay que adoptar medidas más efectivas para fomentar una distribución más equitativa de las responsabilidades familiares entre hombres y mujeres» (considerando 12). En concreto, incide en que el permiso parental, al menos en parte –un mes de los cuatro que prevé–, debe ser «intransferible», según la propia norma, «para fomentar un uso más igualitario del permiso por ambos progenitores» (cláusula 2). También explica que «si se da carácter intransferible a este permiso, puede servir de incentivo positivo para que lo utilicen los padres» (considerando 16).

⁴¹ Recomendación de la Comisión Europea «[European Pillar of Social Rights](#)», C(2017) 2600 final, presentada en Bruselas el 26 de abril de 2017.

⁴² [Directiva 92/85/CEE](#), relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, de 19 de octubre de 1986.

⁴³ [STJUE de 1 de julio de 2010, C-471/08, asunto Sanna Maria Parviainen contra Finnair Oyj](#), sobre complementos retributivos de una azafata de avión embarazada que es trasladada de su puesto por riesgo durante el embarazo.

⁴⁴ DO L 68/13, de 18 de marzo de 2010. Según la cláusula 8.4, disposiciones finales, se concede un plazo de dos años a los Estados miembros para adaptar sus legislaciones nacionales a esta norma, por lo tanto, hasta el 8 de marzo de 2012. Los Estados miembros podrán disponer como máximo de un año adicional si es necesario para tener en cuenta dificultades particulares.

No obstante, guarda silencio respecto al momento concreto de disfrute del permiso parental por parte del padre, a pesar de que es una reivindicación antigua que se establezca de manera que no coincida con el descanso materno, en la línea de alcanzar la corresponsabilidad como fin principal de las medidas de conciliación. De hecho, el Consejo de la Unión Europea hace más de quince años que expresó la necesidad de que exista una participación equilibrada de mujeres y hombres tanto en el mercado de trabajo como en la vida familiar y el derecho a hacerlo de todos los trabajadores, con independencia de su sexo⁴⁵.

En todo caso, resulta muy positiva la regulación de la directiva respecto de la reincorporación al trabajo tras el permiso parental. Dedicada a esta cuestión la cláusula 6, en la que reconoce al trabajador reincorporado el derecho a «pedir cambios en sus horarios o regímenes de trabajo durante un periodo determinado de tiempo». Como explica en el apartado segundo, se trata de facilitar el regreso al trabajo después del permiso y en la misma línea expresamente señala que «se anima a los trabajadores y empresarios a mantenerse en contacto durante el periodo de permiso» y, en general, «a tomar disposiciones para definir medidas adecuadas para la reintegración». Sin duda, esta previsión normativa pretende incidir en la corresponsabilidad al fomentar el retorno al mundo laboral de la mujer, tradicional destinataria de los permisos parentales más extensos, lo que conlleva el riesgo de la desprofesionalización.

Ahora bien, su efectividad real depende en buena medida de la transposición que haga cada Estado miembro en su derecho interno. De tal forma que, por ejemplo, en nuestro país, esta cuestión ha quedado relegada a las previsiones que se adopten en los convenios colectivos o a los pactos individuales que se alcancen entre el empresario y el trabajador, lo que obviamente le ha restado verdadera relevancia, sobre todo teniendo en cuenta la agresiva reforma laboral a la que se ha visto sometido el derecho colectivo –en particular la negociación colectiva– en nuestro ordenamiento⁴⁶.

A través de las medidas de conciliación, los Estados miembros deben conseguir que las mujeres puedan acceder al mercado laboral y permanecer en él, estimular a los hombres a compartir de forma equitativa con las mujeres sus responsabilidades parentales y de cuidado, todo esto para que el reparto más equitativo del tiempo de las mujeres y de los hombres sea una norma general. Se afirma que las medidas de «reconciliación» se dirigirán también a los hombres dado que «la promoción de la igualdad entre sexos significa cambios y nuevas oportunidades para ambos».

⁴⁵ Resolución del Consejo y de los Ministros de Trabajo y Asuntos Sociales, de 29 de junio de 2000, DOCE Serie C, n.º 218, de 31 de julio de 2000.

⁴⁶ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E.: «El empleo de los trabajadores con cargas familiares: repercusiones del incremento de las potestades de flexibilidad interna», en AA. VV., *Políticas de empleo*, Pamplona: Aranzadi, 2013, págs. 315-325.

3. LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE SOBRE LA MATERNIDAD POR SUBROGACIÓN Y LOS RECIENTES PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL

El TJUE ha sido pionero en sentencias que han marcado la evolución legislativa de la Unión Europea e incluso de los propios Estados miembros en materias de igualdad entre hombres y mujeres en el empleo y de conciliación de la vida familiar y laboral⁴⁷.

La jurisprudencia del TJUE sobre maternidad ha estado a la vanguardia de la interpretación normativa. Tanto que ha influido de manera decisiva en la evolución legislativa de esta regulación en la Unión Europea e, incluso, en los propios Estados miembros. En un primer momento, la protección de la maternidad contra despido objetivo por faltas de asistencia debidas a problemas de salud se refiere solo al espacio temporal entre el embarazo y la finalización del permiso de maternidad⁴⁸. Con posterioridad, la protección se amplió al momento posterior al término del permiso, condicionado a que se demuestre que la rescisión contractual comenzó a articularse previamente, es decir, debida a motivos discriminatorios⁴⁹, así como al momento de gestación⁵⁰.

El TJUE resolvió dos asuntos, con enormes similitudes entre ellos, en los que se analiza el permiso de maternidad en relación con «madres subrogantes», es decir, madres en virtud de un convenio de gestación por sustitución⁵¹, así como su repercusión sobre la igualdad de trato entre los trabajadores y las trabajadoras en el empleo. El carácter restrictivo de ambos pronunciamientos contrasta curiosamente con alguna sentencia aislada de primera instancia del ordenamiento español⁵².

⁴⁷ Por todas, cabe citar la STJCE de 11 de noviembre de 1997, asunto C-409/95, *Marschall* y la STJUE de 22 de noviembre de 2012, C-385/11, asunto *Elbal Moreno*.

⁴⁸ En un primer momento, la protección de la maternidad contra despido objetivo por faltas de asistencia debidas a problemas de salud se refiere solo al espacio temporal entre el embarazo y la finalización del permiso de maternidad (SSTJCE de 30 de junio de 1998, C-394/96, asunto *Brown*, y 8 de noviembre de 1990, C-179/88, asunto *Hertz*). Más tarde, la protección se amplió al tiempo posterior al término del permiso si se demuestra que la rescisión contractual comenzó a articularse previamente, lo que se debe a motivos discriminatorios, *vid.* STJCE de 11 de octubre de 2007, C-460/06, asunto *Paquay*. Además, sobre el riesgo durante el embarazo, *vid.* STJUE de 1 de julio de 2010, C-471/08, asunto *Sanna Maria Parviainen contra Finnair Oyj*.

⁴⁹ *Id.* STJCE de 11 de octubre de 2007, C-460/06, asunto *Paquay*.

⁵⁰ Sobre el riesgo durante el embarazo, *vid.* STJUE de 1 de julio de 2010, C-471/08, asunto *Sanna Maria Parviainen contra Finnair Oyj*.

⁵¹ Ambas SSTJUE de 18 de marzo de 2014, C-167/12, asunto C.D. contra S.T., y C-363/12, asunto Z. contra A Government department and the Board of management of a community school. Un análisis de ambas en RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E.: «La desprotección de la maternidad por subrogación en la jurisprudencia europea frente al derecho de igualdad en el empleo» (I y II), en *Revista Trabajo y Derecho*, núms. 3 y 4, 2015, págs. 98 y ss.

⁵² *Sentencia del Juzgado de Social n.º 2 de Oviedo, de 9 de abril de 2012 (sent. núm. 212/2012)*, que reconoce la prestación por maternidad a una trabajadora del sexo femenino que recurrió a un vientre de alquiler. Comentada por HIERRO HIERRO, J.: «Gestación por sustitución y prestación de maternidad», *AS*, núm. 6/2012 (BIB 2012/2899) (última consulta 12 de marzo de 2017).

El [asunto C.D. y S.T.](#) trata de una trabajadora británica y su pareja, que celebraron un convenio de gestación por sustitución permitido por la legislación británica aplicable sobre fecundación y embriología humana. La «madre subrogante» nunca ha estado embarazada y tampoco pudo ceder su óvulo, pero sí amamantar al recién nacido inmediatamente y durante tres meses más. Además, el espermia sí era del padre, lo que le otorgaba la patria potestad desde el primer momento de la fecundación.

La madre subrogante solicitó un permiso de maternidad al considerar que su situación es equiparable al régimen jurídico de la adopción. Sin embargo, la empresa S. T. deniega esta solicitud porque, según explica, ninguna norma legal o convencional recoge este supuesto expresamente. No obstante, tras la interposición de la demanda, la empresa, amparándose en una «facultad discrecional excepcional», concedió un permiso retribuido en los términos de la petición de la trabajadora. Sin embargo, días después, el tribunal le denegó el derecho a percibir prestación por maternidad por no ser la madre biológica. Ante esta negativa, la señora D ejerció una acción ante el Employment Tribunal aduciendo motivos fundados en una «discriminación por motivos de sexo o del embarazo y de la maternidad» y alegando también vulneración de los derechos de los trabajadores sobre permisos parentales.

En el supuesto fáctico del [asunto Z. y A Government Department and the Board of Management of a Community School](#), la demandante sufría una afección consistente en la carencia de útero, lo que le impedía gestar un hijo, pero sí era fértil. La trabajadora y su pareja decidieron recurrir a la gestación por sustitución en una agencia especializada en California (Estados Unidos), donde la legislación detalla procedimientos y derechos para este tipo de embarazos y nacimientos.

Si bien el tratamiento de fecundación *in vitro* se llevó a cabo en Irlanda –país de origen de los «padres por sustitución»– la transferencia de los óvulos a la madre gestante se produjo en California, al igual que el nacimiento del bebé, que desde el mismo instante de su nacimiento se consideró hija de la pareja porque había sido concebida con gametos de ambos, en consonancia con el Derecho californiano.

El problema jurídico se plantea al regreso a Irlanda, donde no están regulados los convenios de gestación por sustitución. La señora Z reclama el permiso retribuido por maternidad, sin embargo, el Government Department –organismo del que depende profesionalmente– se lo deniega alegando que no pudo acreditar los requisitos legalmente exigidos para obtener la prestación del permiso de maternidad, ni tampoco los de la adopción, previstos por la correspondiente legislación nacional. La señora Z presentó una demanda contra el Government Department ante el Equality Tribunal en la que alegó que había sido objeto de una discriminación por razón de sexo, estatuto familiar y discapacidad.

Ante esas circunstancias, ambos tribunales elevan sendas cuestiones prejudiciales ante el TJUE. En realidad, dada la similitud de los supuestos de hecho, pueden agruparse en torno a tres aspectos principales.

En primer lugar, se cuestiona la extensión de la [Directiva 92/85/CEE](#) en relación con las «madres subrogantes», en concreto sobre el derecho a disfrutar del permiso de maternidad y la obligatoriedad de los Estados miembros de otorgar este derecho en favor de la madre que tiene un hijo en virtud de un convenio de gestación por sustitución, especialmente teniendo en cuenta que desde su nacimiento ha podido amamantar al bebé.

El segundo tema objeto de discrepancia es en el que más han incidido ambos tribunales nacionales, respectivamente. Preguntan acerca de la vulneración de la [Directiva 2006/54/CE](#) para que se aclare si existe discriminación por razón de sexo cuando a una mujer se le deniegue un permiso retribuido equivalente al permiso de maternidad por adopción, cuyo hijo ha nacido gracias a un convenio de gestación por sustitución.

Por último, el asunto procedente de Irlanda se refiere especialmente a la interpretación que debe darse a la [Directiva 2000/78/CE](#), en el sentido de determinar si existe una discriminación por motivo de discapacidad a causa de la denegación de un permiso retribuido equivalente al de maternidad por adopción a favor de una mujer que sufre una dolencia física que le impide gestar y dar a luz, de manera que es madre gracias a un convenio de gestación por sustitución.

En conclusión, en ambos asuntos se discute si la maternidad por subrogación resulta protegida al mismo nivel que la maternidad por adopción en el ámbito de la Unión Europea. A la vez se pregunta por la obligatoriedad de las legislaciones nacionales sobre la ampliación de esa protección, así como la delimitación del concepto de «madre por subrogación» y su relación con la discriminación por discapacidad. Evidentemente, todas estas cuestiones procuran esclarecer la repercusión de la maternidad a través de un convenio de gestación por sustitución sobre el empleo de las trabajadoras. De manera que es muy importante también la [Directiva 2010/18/UE](#), ya que ambas madres subrogantes pretenden disfrutar de un permiso laboral previsto al respecto para conciliar sus obligaciones familiares con las profesionales.

En el ámbito interno, el Alto Tribunal se ha pronunciado por primera vez sobre la legitimidad de las prestaciones de Seguridad Social derivadas de maternidades/paternidades subrogadas⁵³, aunque ambos pronunciamientos cuentan con sendos votos particulares suscritos por

⁵³ Han sido objeto de análisis en RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y MARTÍNEZ BARROSO, M.^a R.: «El Tribunal Supremo ante la "gestación por sustitución": reconocimiento de prestaciones por maternidad derivadas de un negocio jurídico nulo y la necesaria tutela del interés del menor», *Derecho de las relaciones laborales*, núm. 2, 2017, págs. 153-165. Asimismo, ROJO TORRECILLA, E.: «Derecho a percibir prestaciones de Seguridad Social por maternidad en supuesto de gestación subrogada. Primeras notas a la importante jurisprudencia sentada por el TS en dos sentencias de 25 de octubre y 16 de noviembre de 2016 (un buen material para un caso práctico interdisciplinar)», en blog del autor (última consulta 12 de marzo de 2017). Y, más reciente, MOLINA NAVARRETE, M.: «En el «nombre del padre» corresponsable: permiso parental y retribución, ¿solo discriminación por sexo? (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 10 de enero de 2017, rec. núm. 283/2015)», *RTSS.CEF*, núm. 408, 2017, págs. 135-144.

distintos magistrados, lo que demuestra la controversia que suscita esta temática⁵⁴. Precisamente se encargan de resolver sendos recursos de casación interpuestos por entrar en contradicción con los asuntos que estudió el TJUE. En la más temprana de las dos sentencias⁵⁵, sucede que el Tribunal Supremo no puede entrar en el fondo del asunto, dado que no existe contradicción con el pronunciamiento europeo, en el sentido de que esa sentencia se limita a declarar la inexistencia de la aplicación de la [Directiva 92/85/CEE](#) a la maternidad subrogada, pero nada impide que los Estados la extiendan a este caso, sentido por el que ha apostado nuestro tribunal. En consecuencia, no entra en la problemática, pero sí considera el supuesto susceptible de equiparación con la protección que se otorga a la adopción o al acogimiento.

Es en la segunda sentencia⁵⁶ donde el Tribunal Supremo estima el recurso y concede la prestación de maternidad solicitada al varón, el cual es padre a través de un contrato de gestación por sustitución conforme a la normativa norteamericana. Este pronunciamiento realiza una interpretación integradora del [Convenio Europeo de Derechos Humanos](#) (art. 8, en relación con nuestros arts. 14 y 39.2 [CE](#)) y de los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) de 26 de junio y de 27 de enero de 2015, que amparan el derecho a la inscripción de menores nacidos tras la gestación por sustitución⁵⁷; ahora bien, no condicionaban el derecho a la protección social, pero dejaban abierta la posibilidad a que España realizase una interpretación expansiva o restrictiva de los derechos generados.

4. LA REPERCUSIÓN DE LA MATERNIDAD POR SUBROGACIÓN SOBRE LA IGUALDAD EN EL EMPLEO

El TJUE ya había delimitado el concepto de «trabajadora embarazada» y sus consecuencias, es decir, a partir del momento en el que una trabajadora goza de la protección que atribuye la [Directiva 92/85/CEE](#)⁵⁸. Sin embargo, en los supuestos señalados sobre la adquisición de la condi-

⁵⁴ La [Sentencia de 25 de octubre de 2016 –rec. núm. 3818/2015–](#) tiene un voto concurrente del magistrado L. F. de Castro, al que se adhirió el magistrado J. L. Gilolmo, que consideran que la base del reconocimiento del derecho es la aportación biológica del padre, sin que consideren correcto ampararlo en el «contrato de maternidad subrogada». En el mismo sentido se manifiestan en otro voto concurrente a la [Sentencia de 16 de noviembre de 2016 –rec. núm. 3146/2014–](#) las magistradas M. L. Segoviano, M. Calvo y el magistrado J. Souto. Además, ambos pronunciamientos cuentan con un voto particular disidente más, cada uno, suscritos también por más de un magistrado, respectivamente.

⁵⁵ [STS de 19 de octubre de 2016 \(rec. núm. 1650/2015\)](#).

⁵⁶ [STS de 16 de noviembre de 2016 \(rec. núm. 3146/2014\)](#).

⁵⁷ Sobre la jurisprudencia de este tribunal, *vid.* MOLINA NAVARRETE, C.: «El TEDH no da "cheques en blanco" a los padres intencionales: es legítimo que el Estado evite la "maternidad subrogada *de facto*" (Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de enero de 2017, *Paradiso y Campanelli v. Italia*, núm. 25358/12)», *RTSS.CEF*, núm. 408, 2017, págs. 121-134.

⁵⁸ [STJCE de 26 de febrero de 2008, C-506/06, asunto Mayr](#). Se trata de una trabajadora que tras someterse a un proceso de fecundación *in vitro* es despedida por el empresario. No obstante, el proceso no se había completado porque falta-

ción de maternidad a través de un convenio de gestación por sustitución, el tribunal no reconoce que los Estados miembros estén obligados, en virtud del artículo 8 de la [Directiva 92/85/CEE](#), a proteger la seguridad y salud de la madre subrogante, al entender que se trata de una norma que ampara «la condición biológica de la mujer durante el embarazo y después de este»⁵⁹.

Dado que en estos casos no se produce el condicionante biológico, incluso en el supuesto en que la madre subrogante consigue amamantar al recién nacido, tampoco se reconoce la protección por maternidad –[asunto C.D. contra S.T.](#)–. Esto resulta muy discutible precisamente en el [asunto C.D. versus S.T.](#) porque la [Directiva 92/85/CEE](#) efectivamente protege también el periodo de lactancia (art. 2), de manera que en este supuesto sí se produce el hecho causante de la prestación solicitada, aunque la intensidad de la protección dispensada dependerá de las legislaciones nacionales.

En esa misma línea, estas sentencias remarcan especialmente la redacción del artículo 8 de la [Directiva 92/85/CEE](#) para fundamentar sus razonamientos. Recuerdan que según ese precepto, son los Estados miembros los que han de adoptar las medidas específicas para que las madres trabajadoras disfruten de un periodo de maternidad durante «como mínimo, catorce semanas ininterrumpidas» que deberá incluir «un permiso (...) obligatorio de como mínimo dos semanas». De esta forma, la normativa europea se convierte en la fuente de derecho necesario que han de respetar las legislaciones nacionales y que podrán mejorar, en el sentido de ampliar su duración o ámbito de aplicación de la prestación –por ejemplo, incluyendo la protección de la maternidad para madres subrogantes–, pero siempre con carácter discrecional.

Ahora bien, estos pronunciamientos hacen referencia a una jurisprudencia europea que ya se consideraba superada porque vinculaba el embarazo y el parto a la finalidad de «proteger (...) la especial relación entre una mujer y su hijo que se produce en el periodo posterior al embarazo y al parto»⁶⁰. Como ha criticado la doctrina, el tribunal asumía el tradicional reparto de roles sociales y los condicionantes de género, de manera que revestía a las madres de un derecho de conciliación marcado por ese supuesto vínculo «materno-filial», distinto del de paternidad y que se circunscribía a la trabajadora por su propia condición sexual⁶¹.

ba la transferencia de los óvulos fecundados a la mujer. El tribunal estima que no cabe la aplicación de la protección del artículo 10 de la [Directiva 92/85/CEE](#), sobre la prohibición del despido de trabajadoras embarazadas, pero dicha medida empresarial sí es contraria al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, la formación y a la promoción profesional, siempre que se demuestre que la extinción contractual «se basa esencialmente en el hecho de que la interesada se ha sometido a tal tratamiento».

⁵⁹ [STJUE de 18 de marzo de 2014, C-167/12, asunto C.D. contra S.T.](#), apartado 34.

⁶⁰ [STJCE de 12 de julio de 1984, C-184/83, asunto Hofmann.](#)

⁶¹ Por todas, *vid.* BALLESTER PASTOR, M.^a A.: «Conciliación y corresponsabilidad en la Unión Europea», en AA. VV., *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, págs. 27-28.

Además, aluden al [asunto Mayr](#) pero se limitan a recordar la negativa para conceder el permiso de maternidad, en aplicación de la [Directiva 92/85/CEE](#), e ignoran las reflexiones que también incluye ese pronunciamiento sobre los artículos 2 y 5 de la [Directiva 76/207/CEE](#), sobre el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, lo que «supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar» (apdo. 45)⁶². Efectivamente, estos pronunciamientos dispensan un trato menos favorable al hijo nacido a través de un «vientre de alquiler» que a los hijos por gestación natural o a los hijos adoptados. En estos últimos casos, los padres sí tienen reconocidos derechos de maternidad y de paternidad en igualdad de condiciones, con las particularidades propias de cada situación, lo que les permite hacer un reparto equilibrado de sus responsabilidades familiares y laborales.

La maternidad por subrogación debe estudiarse al amparo de la [Directiva 2006/54/CE](#) y de cuestiones relacionadas con los conceptos de conciliación y, en sentido más estricto, de responsabilidad⁶³. Como plantean las cuestiones prejudiciales objeto de análisis, conviene examinar conjuntamente el artículo 14 y el artículo 2, principalmente, pero también el artículo 16, todos preceptos de esa directiva, para determinar si la denegación del permiso de maternidad en estos supuestos constituye una discriminación basada en el sexo.

Pues bien, consideran que no existe discriminación directa basada en el sexo a tenor de lo dispuesto en el artículo 14.1 de la [Directiva 2006/54/CE](#), que prohíbe toda discriminación directa o indirecta, por razón de sexo, en relación con las condiciones de trabajo. Aluden que, a tenor de los supuestos previstos en el artículo 2 de esa directiva, la discriminación basada en el sexo implica que la denegación afectase exclusivamente a los trabajadores de uno u otro sexo, sin embargo, en este supuesto, el padre recibe el mismo trato que la madre subrogante, «a saber, tampoco él tiene derecho a un permiso retribuido equivalente a un permiso de maternidad». Ahora bien, el hecho de que no se solicite la prestación correspondiente para el padre e, incluso, que no se reconozca legalmente, no convierte la ausencia del derecho en menos perjudicial directamente para la madre, en especial cuando se encuentra amamantando a su hijo. En este supuesto concreto, la protección solicitada al tribunal solo debería tener en cuenta a la mujer, dado que es la única destinataria del derecho reclamado.

Sobre la discriminación indirecta, también con base en el mismo precepto (art. 2 [Directiva 2006/54/CE](#)), afirman que «ningún dato obrante en autos permite acreditar que la denegación del permiso en cuestión perjudique especialmente a las trabajadoras en comparación con los trabajadores» y, de nuevo, redundan en el condicionante biológico, «una madre subrogante (...) no

⁶² [Asunto Mayr](#), *cit.*

⁶³ [STJCE de 16 de septiembre de 1999, C-218/98, asunto Abdoulaye](#), que consideró adecuado el derecho al establecimiento de una asignación a tanto alzado aplicable a las mujeres que iniciaran el permiso de maternidad cuando esta asignación estuviese destinada a compensar las desventajas profesionales que supone para ellas la interrupción del trabajo.

puede por definición ser objeto de un trato menos favorable ligado a su embarazo, ya que ella no ha estado en cinta de ese niño». A mayor abundamiento, se recuerda que la «situación de la madre subrogante, en lo concerniente a la atribución de un permiso de maternidad o de un permiso de adopción, no está comprendida en la Directiva 2006/54». De hecho, tampoco estiman aplicable el artículo 16 de la [Directiva 2006/54/CE](#), ya que ese precepto otorga protección frente al despido de trabajadores que ejerzan derechos específicos de maternidad y de paternidad, así como el derecho a reintegrarse a su puesto de trabajo o a uno equivalente, en iguales o mejores condiciones, y a beneficiarse de todas las mejoras que se hubiesen reconocido durante su ausencia.

Sin embargo, al citar los antecedentes judiciales que apoyan estos pronunciamientos, recuerdan que la finalidad de la maternidad, además de proteger la salud de la madre, abarca «por otra parte, la protección de las especiales relaciones entre la mujer y su hijo durante el periodo que sigue al embarazo y al parto, evitando que la acumulación de cargas que deriva del ejercicio simultáneo de una actividad profesional perturbe dichas relaciones»⁶⁴. Como se ha señalado, esta interpretación judicial es muy criticable, precisamente porque supone otorgar a la madre un derecho de conciliación «reforzado» y se aleja del verdadero objetivo de la corresponsabilidad⁶⁵. Pero, al mismo tiempo, parecen reconocer un especial perjuicio sobre las madres trabajadoras que en los supuestos objeto de estudio no serían de aplicación por quedar fuera del concepto de «madres» las mujeres que lo son a través de la gestación por sustitución. No obstante, retomando lo expuesto sobre el concepto de «periodo de lactancia» y teniendo en cuenta que una de las reclamantes amamanta naturalmente a su hijo, podría considerarse incluida en el ámbito subjetivo de la [Directiva 2006/54/CE](#), en el sentido de que la denegación del permiso la coloca en una situación desfavorable frente a otros trabajadores varones.

En definitiva, puede afirmarse que estas sentencias del TJUE invaden los principios de igualdad entre hombres y mujeres, en lo que se refiere a la capacidad para acceder al empleo, y ello es así porque interpretan de forma muy restrictiva la prestación objeto de las discrepancias. Por el contrario, la referenciada [sentencia Mayr](#) sí aprecia discriminación directa por razón de sexo en relación con el empleo, en concreto al mencionar el artículo 5 de la antigua [Directiva 76/207/CEE](#), que garantiza a hombres y a mujeres las mismas condiciones de trabajo. En ese caso, el tribunal consideró que la protección otorgada a la mujer embarazada o por causa basada esencialmente en dicho estado solo puede afectar a mujeres, lo que implica una discriminación directa por razón de sexo⁶⁶. Este razonamiento cabría en los supuestos objeto de discusión porque el permiso de maternidad que se reclama solo afecta a trabajadoras, sobre todo en el caso de la madre subrogante que consigue amamantar al recién nacido.

⁶⁴ STJUE de 18 de marzo de 2014, C-167/12, asunto C.D. contra S.T., apartado 34.

⁶⁵ BALLESTER PASTOR, M.^a A.: «Conciliación y corresponsabilidad en la Unión Europea», *op. cit.*, págs. 27-28.

⁶⁶ [Asunto Mayr](#), *cit.*

Estos permisos, en realidad, se enmarcan entre los permisos parentales. Resulta evidente que el cuidado que precisa el recién nacido será dispensado por sus progenitores, en estos casos, padres a través de un convenio de subrogación. El hecho de negar esta realidad contraviene la normativa sobre conciliación de la vida personal, familiar y laboral, que por otra parte relaciona el disfrute de estos permisos con el reparto de obligaciones familiares para evitar la desprofesionalización de la mujer, tradicional cuidadora del hogar⁶⁷.

Es decir, del mismo modo que el permiso de lactancia se ha reconocido como un derecho de disfrute indistinto tanto para el padre como para la madre, en igualdad de condiciones⁶⁸, estos permisos deberían reconocerse a ambos progenitores para que sus circunstancias personales y familiares no redunden en un perjuicio en su empleo y, de manera particular, sobre la trabajadora, que en estas circunstancias se verá obligada a dejar su empleo. Además se produce una estigmatización de la madre que a causa de su incapacidad para gestar ha de acudir a un «vientre de alquiler» para poder adquirir la condición de madre.

Finalmente, en el caso de la madre subrogante a consecuencia de una imposibilidad física importante para poder gestar, el tribunal interpreta de manera restrictiva el concepto de discapacidad porque estima que este supuesto no se ampara en la definición de la [Directiva 2000/78/CE](#)⁶⁹, pues no «supone que la limitación que aqueja a la persona, al interactuar con diversas barreras, pueda impedir su participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores»⁷⁰. Es decir, produce un doble perjuicio moral a la mujer que además de no poder concebir naturalmente se ve imposibilitada para gestar a causa de una discapacidad física.

Por su parte, nuestro Alto Tribunal⁷¹ fundamenta su postura favorable en la comparación con el reconocimiento del derecho otorgado al acogimiento y a la adopción en el ET, al mismo tiempo que invoca el [Real Decreto 295/2009](#)⁷², en concreto, su artículo 2.2, que dispone que «se consideran jurídicamente equiparables a la adopción y acogimiento preadoptivo, permanente o

⁶⁷ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E.: *Instituciones de conciliación de trabajo con el cuidado de familiares*, Bomarzo, 2010, págs. 10 y ss.

⁶⁸ STJUE de 30 de septiembre de 2010, C- 104/09, asunto Roca Álvarez.

⁶⁹ [Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000](#), relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DO L 303/16).

⁷⁰ STJUE de 18 de marzo de 2014, C-363/12, asunto Z. contra A Government department and the Board of management of a community school.

⁷¹ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y MARTÍNEZ BARROSO, M.ª R.: «El Tribunal Supremo ante la "gestación por sustitución": reconocimiento de prestaciones por maternidad derivadas de un negocio jurídico nulo y la necesaria tutela del interés del menor», *op. cit.*, págs. 157-160.

⁷² [Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo](#), por el que se regulan las prestaciones económicas de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural (BOE de 21 de marzo de 2009).

simple, aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción o el acogimiento preadoptivo (...), cualquiera que sea su denominación».

Es verdad que en el ordenamiento laboral se reconocen efectos jurídicos a negocios que estén afectados de nulidad, por ejemplo, los derechos laborales para trabajadores extranjeros que no cuenten con permiso de trabajo – art. 36.5, LOEX⁷³. También es cierto que debe primar el interés del menor en cualquier decisión que les afecte⁷⁴ y, lo más importante, la madre y/o el padre, aun sin ser biológicos, asumen el cuidado y atención del menor directa y completamente, por lo que no se podrá tratar peor a estos descendientes que a los hijos adoptados o nacidos del vientre materno. Además, de esta manera se protegen los derechos de conciliación de los trabajadores padres a través de un vientre de alquiler.

Ahora bien, adelantándonos a las conclusiones, cabría cuestionarse si resulta correcto este reconocimiento de un derecho tan importante a través de una sentencia, a pesar de que sea del Tribunal Supremo. En realidad, parece que se abre un abanico de dudas jurídicas muy amplio que a continuación se apuntarán, al menos.

5. REFLEXIONES CONCLUSIVAS: LA TRANSCENDENCIA DE ESTA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL. NUEVAS INCERTIDUMBRES

La maternidad por subrogación repercute negativamente en el empleo de la trabajadora porque carece de toda protección en el ordenamiento jurídico. Aboca a la madre a abandonar su puesto de trabajo o a sufrir los perjuicios que conlleva la ausencia de derechos para conciliar sus responsabilidades laborales y familiares. Su impacto resulta especialmente relevante sobre las mujeres, debido al rol de género y su vinculación con el cuidado del hogar⁷⁵, más aún en su puestos –como sucede en uno de los analizados por el TJUE– en los que existe lactancia natural.

Esta situación de desprotección o desregularización de los «vientres de alquiler» también perjudica de forma importante a familias cuyos progenitores son del mismo sexo, sobre todo cuando ambos son hombres, obviamente. Sin embargo, en esos casos se han planteado conflictos

⁷³ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (modificada) (BOE de 12 de enero de 2000).

⁷⁴ Artículo 8 del [Convenio Europeo de Derechos Humanos; Resolución de 5 de abril de 1999](#), de la Secretaría General Técnica, por la que se hacen públicos los textos refundidos del Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950; el protocolo adicional al convenio, hecho en París el 20 de marzo de 1952, y el protocolo número 6, relativo a la abolición de la pena de muerte, hecho en Estrasburgo el 28 de abril de 1983 (BOE de 6 de mayo de 1999).

⁷⁵ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E.: *Instituciones de conciliación de trabajo con el cuidado de familiares*, Bomarzo, *op. cit.*, págs. 10 y ss.

por la denegación de la inscripción en el registro civil de la filiación y no tanto desde la posibilidad de disfrutar un permiso parental o una determinada prestación para el cuidado del menor.

De hecho, mientras los pronunciamientos de los altos tribunales nacionales consideran contrario al orden público el reconocimiento de la paternidad de hijos de parejas homosexuales nacidos a través de un contrato de gestación por subrogación⁷⁶, el TEDH obliga a la inscripción de esos hijos en el registro civil correspondiente, reconociendo un estatuto jurídico a los niños, en materia de filiación, nacionalidad y derechos sucesorios, así como cualquier otro derecho que derive de su condición de verdadero hijo de los padres que pretenden su inscripción⁷⁷.

Este tribunal estima aplicable el artículo 8 del [Convenio Europeo de Derechos Humanos](#) sobre el derecho a la vida privada y familiar. En concreto, señala que existe una violación de este precepto respecto de los hijos gemelos por violación de su derecho a la vida privada, apelando, entre otros motivos, al principio del superior interés del niño. Además, advierte que el matrimonio recurrente se ocupa de sus hijos gemelos «como padres tras el nacimiento, viviendo los cuatro de un modo que en nada se distingue de la vida familiar en su acepción habitual». Así, determina una relación directa entre la vida privada de los niños nacidos a partir de la gestación por sustitución y la determinación jurídica de la filiación⁷⁸.

En todo caso, el TJUE, en recientes pronunciamientos, recuerda que el objetivo principal de la [Directiva 2000/78/CE](#) es luchar contra la discriminación directa o indirecta, en el ámbito del empleo y la ocupación, por motivos entre los que figura la orientación sexual, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato. Por lo tanto, a pesar de que la legislación en materia civil de las personas es competencia de los Estados miembros (art. 22 [Directiva 2000/78/CE](#)), el artículo 2.2 a) de la [Directiva 2000/78/CE](#), relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, se impone sobre cualquier otra norma legal o convencional que vulnere este principio. Así, considera contraria al derecho comunitario la disposición de un convenio colectivo en virtud de la que se excluye a un trabajador que celebra con una persona de su mismo sexo un pacto civil de convivencia, por el que se crea una pareja de hecho registrada, el derecho de obtener determinadas ventajas que se conceden a los trabajadores con ocasión de su matrimonio, cuando en el Estado miembro no se permite el matrimonio entre homosexuales, de manera que de esta forma el trabajador se encuentra en una situación análoga a la de otro que contraiga matrimonio⁷⁹.

⁷⁶ La STS de 6 de febrero de 2014 (rec. núm. 245/2012) aplica el orden público que se desprende del artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida, declara nulo el contrato de maternidad subrogada y obliga a determinar la filiación por el parto en favor de la madre.

⁷⁷ STEDH de 26 de junio de 2014, asunto *Mennesson versus Francia*. Más reciente, MOLINA NAVARRETE, C.: «El TEDH no da "cheques en blanco" a los padres intencionales: es legítimo que el Estado evite la "maternidad subrogada de facto" (Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de enero de 2017, *Paradiso y Campanelli v. Italia*, núm. 25358/12)», *op. cit.*, págs. 121-134.

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ STJUE de 12 de diciembre de 2013, C-267/12, asunto *Hay*.

Lo cierto es que las familias cuyos hijos nacen a través de un convenio de gestación por sustitución precisan de amparo legal. Dada la dificultad que puede suponer la inclusión específica de este tipo de maternidad en la [Directiva 92/85/CEE](#), resulta fundamental la posibilidad de que se prevean permisos parentales para estos padres en la [Directiva 2010/18/UE](#), como principal norma de conciliación de la vida familiar y laboral. De hecho, a pesar de que no hace ninguna mención expresa a este tipo de unidades familiares, sí reconoce que este acuerdo «establece disposiciones mínimas para facilitar la conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales a los trabajadores con hijos, teniendo en cuenta la diversidad cada vez mayor de las estructuras familiares (...)» (cláusula 1.^a). Y, seguidamente, extiende estos derechos a todo tipo de trabajadores, incluidos los trabajadores temporales y a tiempo parcial, al igual que reconoce que se trata de derechos individuales del trabajador.

En relación con el disfrute de un mes intransferible de permiso parental por cada uno de los progenitores, de los cuatro que ahora se reconocen (cláusula 2.^a), la doctrina ha interpretado la expresión «en principio» como una excepción con la que se pretende recoger el supuesto de familias monoparentales, en las que no existe transferencia posible del derecho⁸⁰. Lo cual resulta de gran interés precisamente en relación con parejas homosexuales femeninas, pues los tribunales españoles han reconocido el disfrute de la prestación por maternidad resultado de la adopción del hijo de su cónyuge. Al mismo tiempo, previamente, la madre biológica y cónyuge de la adoptante, había disfrutado de su permiso de maternidad. El tribunal aplica la literalidad del precepto legal que permite el disfrute del permiso desde el momento en que existe resolución judicial que reconoce la adopción, sin que resulte excluida por la convivencia previa con el menor⁸¹.

La directiva también prevé expresamente una referencia para facilitar la reincorporación al trabajo tras el permiso parental –la cláusula 6.^a–. Aunque tímidamente reconoce al trabajador reincorporado el derecho a «pedir cambios en sus horarios o regímenes de trabajo durante un periodo determinado de tiempo» y, en general, «se anima a los trabajadores y empresarios a mantenerse en contacto durante el periodo de permiso» y «a tomar disposiciones para definir medidas adecuadas para la reintegración». Lo cierto es que la falta de concreción hace que resulte de difícil exigencia en los tribunales y con ello se diluye su objetivo de fomentar el retorno al mundo laboral de la mujer, tradicional destinataria de los permisos parentales más extensos, lo que conlleva el riesgo de la desprofesionalización y abandono del empleo.

No obstante esta jurisprudencia, los Estados miembros, aunque no están obligados, conservan la facultad unilateral de regular en sus legislaciones una ampliación de los permisos de conciliación o, como se reclama en estos asuntos del TJUE, de reconocer la prestación de maternidad para las trabajadoras que sean madres por subrogación, con independencia del motivo que haya

⁸⁰ CABEZA PEREIRO, J.: «¿En qué debe cambiar el Derecho español para adaptarse al acuerdo marco revisado sobre el permiso parental?», *AS*, núm. 6/2010, parte Estudio (BIB 2010\1242) (última consulta 12 de marzo de 2017).

⁸¹ [STSJ de Madrid de 7 de julio de 2014 \(rec. núm. 2056/2013\)](#).

llevado a la trabajadora a recurrir a un «vientre de alquiler». De esta forma, se reconocería en todos los supuestos, sin que se refuerce el estigma que puede generarse en la condición femenina de la trabajadora que no puede ser madre de otro modo. Se evitaría tener que explicar el condicionante físico o psíquico que le causa tal impotencia, como ocurre en uno de los casos, en los que se descarta que la falta de útero pueda suponer una discapacidad amparada por la [Directiva 2000/78/CE](#).

Ahora bien, se trata de exigir una nueva legislación que ampare verdaderamente los derechos de todos los padres y madres y no que esto se limite a un reconocimiento jurisprudencial y, por tanto, variable según estime el tribunal. Los Estados miembros que realmente quieran dar cobertura a estas familias deberán preverlo en la norma correspondiente, pues de otro modo, al coste que conlleva el desplazamiento a otro país y todos los trámites burocráticos, habrá que recurrir el derecho ante la jurisdicción nacional. Al mismo tiempo, eso haría que se aclarasen incertidumbres que surgen ahora, tras el reconocimiento judicial. Así, ¿cuál es el hecho causante de la prestación?, ¿desde cuándo podrá solicitarse el disfrute del permiso?, ¿quiénes serán los sujetos beneficiarios?, ¿a cuánto ascenderá la prestación y cuál será su duración? Aunque resulte lógico pensar que habrá que aplicar analógicamente las disposiciones de la adopción internacional, debería modificarse el precepto legal y recoger este nuevo criterio jurisprudencial, a riesgo de seguir incurriendo en una devastadora inseguridad jurídica, en especial en el ámbito de los derechos sociales.

La maternidad por subrogación es un fenómeno familiar en expansión que conlleva importantes consecuencias jurídicas, por lo que debe ser afrontado desde una posición constructiva y no excluyente. En esta línea, el [Informe preliminar a la Conferencia de Derecho Internacional Privado de la Haya, de 10 de marzo de 2012, sobre los problemas derivados de la gestación por sustitución](#), trata de uniformar los acuerdos internacionales para alcanzar una regulación internacional que ofrezca soluciones jurídicas a esta realidad. Se apuesta por establecer un estatuto jurídico que aporte seguridad jurídica a estas familias como una solución necesaria e irrenunciable para los Estados firmantes de la Convención⁸².

El aumento de la flexibilidad interna, supeditada únicamente a los intereses empresariales, coloca en un segundo plano el derecho de conciliación de la vida familiar y laboral, lo que unido a la ausencia de medios por parte de los poderes públicos para poder suplir estas exigencias del mercado, provocará el abandono del empleo de los trabajadores que no pueden asumir las modificaciones empresariales. Además, como ha resaltado el Parlamento europeo, «las personas que dedican su tiempo y sus capacidades al cuidado y educación de sus hijos o a ocuparse de una persona de edad avanzada deberían recibir el reconocimiento de la sociedad, y (...) este objetivo podría lograrse concediendo a estas personas unos derechos propios, sobre todo con respecto a la cobertura social y las pensiones»⁸³.

⁸² FLORES RODRÍGUEZ, J.: «Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en Europa», *La Ley*, núm. 8363, Sección Tribuna, 28 de julio de 2014 (La Ley 4710/2014).

⁸³ [Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de octubre de 2011, sobre la situación de las madres solteras \(2011/2049 \(INI\)\), \(2013/C 131 E/07\)](#).

Puede concluirse que la solución efectiva para paliar los efectos negativos de la maternidad por subrogación ante el empleo pasa por reformar la [Directiva 92/85/CEE](#), en el sentido de que incluya la regulación de los «vientres de alquiler» y, a su vez, que se establezcan medidas de conciliación específicas para esta nueva maternidad y paternidad –deben incluirse medidas idénticas para los varones– en la [Directiva 2010/18/UE](#)⁸⁴.

Es necesario que se refuerce el ejercicio del derecho de conciliación y, de manera significativa, sobre las mujeres que son madres por «sustitución», en la medida en que no se reconoce su ejercicio ni en el supuesto de amamantamiento natural, tal y como se ha analizado. Esto no implica que deban ampliarse los permisos o excedencias, al contrario. Exige una implicación real del legislador para que este colectivo de padres por subrogación pueda mantener su puesto de trabajo o acceder al mercado laboral simultáneamente con el disfrute de su familia. En definitiva, reconocer, al menos, los mismos derechos de conciliación que para el resto de padres, con independencia de la vía por la que han conseguido serlo.

Otra cosa, fuera del estricto ámbito jurídico-laboral, es reflexionar sobre la gestación subrogada como institución verdaderamente amparada por el Derecho, en su origen. Esta cuestión escapa al análisis que se ha realizado, pero cabe preguntarse si esta fórmula de la maternidad por «contrato de alquiler» no supone aumentar la vulnerabilidad de los más pobres y es susceptible de producir situaciones de abuso ante las más esenciales carencias para subsistir⁸⁵. Este escalofriante planteamiento sobre el negocio mercantilista que puede llevar aparejado, tal vez, debería ser el primero de este trabajo, ya que difícilmente se puede reclamar la regulación de derechos laborales partiendo de una práctica vulneradora de los más esenciales derechos del ser humano.

⁸⁴ La [STJCE de 20 de septiembre de 2007, asunto Sari Kiiski \(C-116/06\)](#), considera contraria a la [Directiva 92/85/CEE](#) la existencia de normativa nacional que excluye el embarazo como motivo para modificar un permiso parental previsto por la [Directiva 96/34/CE](#), lo que en este caso conlleva la pérdida de derechos inherentes al permiso de maternidad.

⁸⁵ Al respecto de estas reflexiones y en la misma línea crítica que aquí se apunta, MOLINA NAVARRETE, C., «[Prohibida la "nacional" ¿protegemos la "gestación/maternidad subrogada internacional" con prestaciones sociales?](#)», *RTSS. CEF*, núm. 406, 2017, págs. 199-210.

Bibliografía

- BALLESTER PASTOR, M.^a A. [2011]: «Conciliación y corresponsabilidad en la Unión Europea», en AA. VV., *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexo*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- [1998]: «Reserva de puestos de trabajo, acción afirmativa y discriminación inversa (un análisis conceptual y de legalidad tras la sentencia Marschall)», *RL*, núm. 2.
- BARBIER, J.-C. [2005]: *The European Employment Strategy, a Channel for Activating Social Protection?, The Open Method of Co-ordination in Action*, J. Zeitel & P. Pochet.
- BAYLOS GRAU, A. y PÉREZ REY, J. [2006]: «Sobre el Libro Verde: modernizar el Derecho Laboral para afrontar los retos del siglo XXI», *Cuadernos de la Fundación Sindical de Estudios*, núm. 5.
- BOYER, R. [2006]: *La flexicurity danoise: quels enseignements pour la France?*, París: ENS.
- CABEZA PEREIRO, J. [2013]: «Viudedad para las parejas de hecho por muertes anteriores a 2008: ¿importa la orientación sexual?», *AS*, núm. 1 (BIB 2013/702).
- [2010]: «¿En qué debe cambiar el Derecho español para adaptarse al acuerdo marco revisado sobre el permiso parental?», *AS*, núm. 6, parte Estudio (BIB 2010\1242).
- [2005]: «La conciliación de la vida familiar y laboral. Situación en Europa», *RDS*, núm. 31.
- CABEZA PEREIRO, J. y BALLESTER PASTOR, M.^a A. [2010]: *La estrategia europea para el empleo 2020 y sus repercusiones en el ámbito jurídico laboral español*, Madrid: MTI.
- COLOMBET, C. [2007]: «La estrategia europea de empleo: balances y perspectivas», *Gaceta Laboral*, vol. 13, núm. 3.
- FLORES RODRÍGUEZ, J. [2014]: «Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en Europa», *La Ley*, núm. 8.363, Sección Tribuna, 28 de julio (La Ley 4710/2014).
- GAZIER V. B. y AUER, P. [2006]: *L'introuvable sécurité de l'emploi*, París: Flammarion.
- HEIN, C. [2006]: *Conciliar el trabajo y las responsabilidades familiares*, Colección de Informes OIT, Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
- HIERRO HIERRO, J. [2012]: «Gestación por sustitución y prestación de maternidad», *AS*, núm. 6 (BIB 2012/2899).
- ICHINO, P. [1996]: *Il lavoro e il mercato*, Mondadori.
- LOUSADA AROCHENA, J. F. [2007]: «Maternidad y conciliación en el Derecho Comunitario», en AA. VV., *Derecho social europeo*, Madrid: CGPJ.
- [2003]: «El principio de transversalidad en el ámbito de las relaciones laborales (un comentario a la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre de 2002)», *RL*, núm. 22.

MOLINA NAVARRETE, C. [2017]: «El TEDH no da "cheques en blanco" a los padres intencionales: es legítimo que el Estado evite la "maternidad subrogada *de facto*" (Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de enero de 2017, *Paradiso y Campanelli v. Italia*, núm. 25358/12)», *RTSS.CEF*, núm. 408.

— [2017]: «En el "nombre del padre" corresponsable: permiso parental y retribución, ¿solo discriminación por sexo? (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 10 de enero de 2017, rec. núm. 283/2015)», *RTSS.CEF*, núm. 408.

— [2017]: «Prohibida la "nacional" ¿protegemos la "gestación/maternidad subrogada internacional" con prestaciones sociales?», *RTSS.CEF*, núm. 406.

NIELSEN, R. [2000]: *European Labour Law*, Copenhagen: DJØF Publishing.

RODRÍGUEZ CRESPO, M.^a J. [2013]: «Límites a la libertad contractual: igualdad y no discriminación en materia de intermediación, selección y contratación de personal», *AS*, núm. 2 (BIB 2013/935).

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y MARTÍNEZ BARROSO, M.^a R. [2017]: «El Tribunal Supremo ante la "gestación por sustitución": reconocimiento de prestaciones por maternidad derivadas de un negocio jurídico nulo y la necesaria tutela del interés del menor», *Derecho de las relaciones laborales*, núm. 2.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E. [2015]: «La desprotección de la maternidad por subrogación en la jurisprudencia europea frente al derecho de igualdad en el empleo» (I y II), *Revista Trabajo y Derecho*, núms. 3 y 4.

— [2013]: «El empleo de los trabajadores con cargas familiares: repercusiones del incremento de las posturas de flexibilidad interna», en AA. VV., *Políticas de empleo*, Aranzadi.

— [2010]: *Instituciones de conciliación de trabajo con el cuidado de familiares*, Bomarzo.

ROJO TORRECILLA, E.: «Derecho a percibir prestaciones de Seguridad Social por maternidad en supuesto de gestación subrogada. Primeras notas a la importante jurisprudencia sentada por el TS en dos Sentencias de 25 de octubre y 16 de noviembre de 2016 (un buen material para un caso práctico interdisciplinar)», <<http://www.eduardorojotorrecilla.es/>>.



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons BY-NC-ND 4.0