

EN TORNO A LA DISCRIMINACIÓN EN LA CONCESIÓN DE PERMISOS POR MATERNIDAD A MADRES SUBROGANTES QUE HAN TENIDO UN HIJO GRACIAS A UN CONVENIO POR SUSTITUCIÓN

Comentario a las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de marzo de 2014 –asuntos [C-167/12](#) y [C-363/12](#)

Antonio Tapia Hermida

Profesor titular. Universidad Complutense de Madrid

1. LA IGUALDAD Y LA PROSCRIPCIÓN DE DISCRIMINACIÓN

La igualdad se vincula al «racionalismo» e «implica un compromiso con las exigencias de la racionalidad». Desde antiguo viene discutiéndose si la igualdad constituye una idea, sensación o sentido «innato». En todo caso su desconocimiento supone caer en el «irracionalismo normativo». En cuanto principio moral/ético se proyecta naturalmente al ámbito de lo jurídico, resultando, «pues, que los hombres deben ser tratados igualmente por el Derecho respecto de aquello que es esencialmente igual para todos»².

La igualdad desde Aristóteles se vincula a la idea de justicia³, haciéndose incluso equivalente a «justicia natural», en cuanto «derecho equitativo» (*aequum autem eius est, non quo omnes uti sunt, sed quod omnibus latum est*), siendo esencial al iusnaturalismo, sobre un presupuesto bien teológico, bien identitario racional o biológico, pues el sentido de justicia tiene un componente congénito y de origen evolutivo. También se alude a la idea de justicia como igualdad/imparcialidad, («abierta» o «cerrada»), entonces únicamente «implica juego limpio, reglas de juego bien definidas e iguales para todos, sin privilegios ni discriminaciones»⁴. Excepcionalmente la justicia se concibe como igualdad en su funcionalidad lógico-matemática, aritmética y geométrica o proporcional, correspondiente al signo igual.

² RECASENS SICHES, L.: *Tratado General de Filosofía del Derecho*, México, 1978, pág. 590.

³ ARISTÓTELES: *Moral a Nicómaco*, libro V, capítulo III, ed. 1992, págs. 209-210.

⁴ MOSTERIN, J.: *La cultura de la libertad*, Madrid, 2008, págs. 35-37.

Padece aquel principio de igualdad cuando se proyecta al campo del Derecho actual, mostrando una escasa expresividad estrictamente racional, obediente al postulado, pretendidamente apodíctico, de que «es imposible construir el Derecho como un sistema lógico puro» (SSTC 164/2002, de 17 de septiembre; 186/2002, de 14 de octubre; 224/2003, de 15 de diciembre; 29/2005, de 14 de febrero y 247/2006, de 24 de julio). En el ámbito del Derecho el principio, regla o axioma de la igualdad aparece como un derivado de los postulados políticos de la Ilustración, aludiendo implícitamente a una irrenunciable libertad.

2. LOS CASOS: BREVE SÍNTESIS DE LOS SUPUESTOS DE HECHO

El supuesto fáctico del asunto C-363/12 fue el de una trabajadora que sufría una rara afección consistente en que, a pesar de tener ovarios sanos y ser fértil, carecía de útero y no podía gestar un hijo. La Sra. Z. y su esposo decidieron recurrir a la gestación por sustitución, acudiendo a una agencia especializada de California (Estados Unidos), Estado en el que la legislación regula detalladamente los embarazos y nacimientos que tienen lugar por medio de esa gestación. El tratamiento de fecundación *in vitro* se llevó a cabo en Irlanda, efectuándose la transferencia de los óvulos a la madre gestante en California. Al nacimiento del bebé, que era hija genética de la Sra. Z. y de su marido, pues se había concebido con sus gametos y conforme al Derecho californiano, se consideró a la pareja padres de la niña, no constando la identidad de la madre gestante en el certificado de nacimiento de esta. La Sra. Z., conjuntamente con su marido, tuvo la guarda efectiva de la niña desde su nacimiento. Posteriormente la Sra. Z. y su marido regresaron con su hija a Irlanda, Estado miembro de la Unión Europea en el que no están regulados los convenios de gestación por sustitución.

Las condiciones de trabajo de la Sra. Z. (profesora de educación secundaria) preveían el derecho a permisos retribuidos por maternidad y por adopción (a cargo del Government Department, y del Ministerio de Protección Social). Dado que la Sra. Z. no había estado embarazada ni podía dar a luz un niño, no pudo reunir los requisitos legalmente exigidos para la obtener la concesión del permiso de maternidad. Al no haber adoptado a la niña nacida de la gestación por sustitución, tampoco pudo beneficiarse del permiso por adopción conforme a los requisitos previstos por la correspondiente legislación nacional. La Sra. Z. presentó una demanda contra el Government Department ante el Equality Tribunal en la que alegó que había sido objeto de trato discriminatorio por motivos de sexo, estatuto familiar y discapacidad, y que el Government Department no le había concedido ajustes razonables en su condición de persona con discapacidad, negándole un permiso retribuido equivalente a un permiso de maternidad o un permiso por adopción, siendo así que había seguido un tratamiento de fecundación *in vitro*.

El supuesto de hecho del asunto C-167/12 resultó ser el de una trabajadora, la Sra. D., empleada en un hospital, gestionado por S.T. (empresario), que celebró conforme a la legislación nacional (Reino Unido) aplicable sobre fecundación y embriología humana un convenio de gestación por sustitución para tener un hijo. El hombre que formaba pareja con la Sra. D. facilitó el

esperma, pero el óvulo no era de ella, que en ningún momento estuvo embarazada. La empresa S.T. tenía establecidos regímenes de permisos y de prestaciones de maternidad y por adopción, equivalentes a los permisos retribuidos previstos en las disposiciones legales. Estos regímenes no preveían permisos ni prestaciones a favor de las madres subrogantes en los supuestos de gestación por sustitución. El empresario había establecido también un régimen de permisos especiales, que no abarca el caso de gestación por sustitución.

La Sra. D. presentó una solicitud de permiso retribuido a su empresario, basada en el régimen aplicable en caso de adopción establecido por este, que le respondió indicándole que el convenio de gestación por sustitución que había concluido no se ajustaba a las condiciones del referido régimen porque la Sra. D. no podía aportar un certificado de compatibilidad (*matching certificate*), que acreditara la compatibilidad entre el futuro progenitor adoptante y el niño adoptado, emitido por una agencia de adopción. Tras la recepción de ese escrito de la empresa la Sra. D. le presentó una solicitud formal de permiso de maternidad por sustitución, que, según afirmaba, equivalía a un permiso por adopción, bien que no podía aportar un certificado de compatibilidad ya que no había iniciado un procedimiento de adopción. El empresario le respondió que, en caso de que procediera a una adopción, se beneficiaría de un permiso retribuido, pero que de no ser así no existía «legalmente ningún derecho a un permiso retribuido en caso de maternidad por sustitución». Sra. D. ejerció una acción ante el Employment Tribunal, Newcastle upon Tyne, aduciendo motivos fundados en una discriminación por razón del sexo y/o del embarazo y la maternidad, alegando también vulneración de los derechos de los trabajadores sobre permisos de maternidad y permisos parentales, afirmando haber sufrido un perjuicio por razón del embarazo y la maternidad.

3. SOBRE LAS DISCRIMINACIONES ADUCIDAS

Afirma el Tribunal de Justicia que, según el considerando octavo de la [Directiva 92/85/CE](#), debe considerarse a la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, integrante de un grupo expuesto a riesgos especialmente sensibles, y que se deben tomar medidas relativas a su salud y seguridad. En ese contexto, añade, la directiva prevé en su artículo 8, apartado 1, que los Estados miembros deben tomar las medidas necesarias para que las trabajadoras disfruten de un permiso de maternidad de como mínimo 14 semanas ininterrumpidas, distribuidas antes y después del parto, con arreglo a las legislaciones y prácticas nacionales.

Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el derecho al permiso de maternidad reconocido a favor de las trabajadoras embarazadas debe considerarse un medio de protección del Derecho social que reviste particular importancia, al extremo de que el legislador de la Unión ha considerado que las modificaciones sustanciales en las condiciones existenciales de las interesadas durante el periodo limitado de al menos 14 semanas que precede y sigue al parto constituyen un motivo legítimo para suspender el ejercicio de su actividad profesional, sin que ni las auto-

ridades públicas ni los empresarios puedan cuestionar en modo alguno la legitimidad de dicho motivo (SSTJUE de [20 de septiembre de 2007](#), Kiiski, asunto C-116/06, y de [19 de septiembre de 2013](#), BetriuMontull, asunto C-5/12). En efecto, destaca el Alto Tribunal de la Unión Europea, como el legislador de la Unión reconoció en el considerando decimocuarto de la Directiva 92/85/CE, que la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia se encuentra en una situación específica de vulnerabilidad que requiere que se le conceda un permiso de maternidad, que no puede asimilarse a la de un hombre ni a la de una mujer en situación de incapacidad temporal por enfermedad (SSTJUE de [27 de octubre de 1998](#), Boyle y otros, asunto C-411/96, y de [19 de septiembre de 2013](#), BetriuMontull, asunto C-5/12).

El permiso de maternidad al que tiene derecho la trabajadora tiene por objeto, por una parte, la protección de la condición biológica de la mujer durante «el embarazo y después de este», y, por otra parte, la protección de las especiales relaciones entre la mujer y su hijo durante el periodo que sigue al «embarazo y al parto», evitando que la acumulación de cargas que deriva del ejercicio simultáneo de una actividad profesional perturbe dichas relaciones (SSTJUE de [12 de julio de 1984](#), Hofmann, asunto 184/83; de [20 de septiembre de 2007](#), Kiiski, asunto C-116/06, y de [19 de septiembre de 2013](#), BetriuMontull, asunto C-5/12). Efectivamente, según las sentencias comentadas tanto del objetivo de la Directiva 92/85/CE como del texto de su artículo 8, que se refiere expresamente al parto, como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, resulta que el permiso de maternidad tiene la finalidad de proteger la salud de la madre del niño durante la específica situación de vulnerabilidad derivada de su «embarazo», protegiendo también las relaciones especiales de la mujer con su hijo, pero ese objetivo solo abarca, sin embargo, el periodo posterior «al embarazo y al parto».

Consecuentemente, concluye el Tribunal de Justicia, una trabajadora, en su calidad de madre subrogante, que haya tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución no entra en el ámbito de aplicación del artículo 8 de la Directiva 92/85/CE, incluso cuando pueda amamantar a ese niño tras su nacimiento o lo amamante efectivamente, y, por tanto, los Estados miembros no están obligados en virtud de esa normativa de la Unión Europea a conferir a esa trabajadora un permiso de maternidad. Lo que no excluye en absoluto la facultad de los Estados miembros para aplicar o instaurar disposiciones legislativas, reglamentarias o administrativas más favorables para la protección de la seguridad y la salud de las madres subrogantes que hayan tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución, permitiendo que se beneficien de un permiso de maternidad en razón del nacimiento de ese niño.

Rechaza el Tribunal de Justicia la existencia en tales supuestos de discriminación por razón de sexo, habida cuenta de que un padre que sea parte en un convenio de gestación por sustitución y haya tenido un hijo gracias a ese convenio recibe el mismo trato que una madre subrogante en una situación comparable, a saber, tampoco él tiene derecho a un permiso retribuido equivalente a un permiso de maternidad. Tampoco existe discriminación indirecta por razón del sexo al no acreditarse que la denegación de los permisos en cuestión perjudiquen especialmente a las trabajadoras en comparación con los trabajadores (SSTJUE de [2 de octubre de 1997](#), Gerster, asunto

C-1/95, de [20 de octubre de 2011](#); Brachner, asunto C-123/10, y de [20 de junio de 2013](#), Riežniece, asunto C-7/12). Esto es, la denegación de un permiso de maternidad a una madre subrogante no constituye una discriminación directa o indirecta por razón de sexo en el sentido del artículo 2, apartado 1, letras a) y b), de la [Directiva 2006/54/CE](#). También se afirma por el Tribunal de Justicia que una madre subrogante que haya tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución no puede por definición ser objeto de un trato menos favorable ligado a su embarazo, «ya que ella no ha estado encinta de ese niño».

Tras recordar el Alto Tribunal comunitario, en relación con la imposibilidad de gestar o poder gestar y dar a luz a un hijo por sufrir falta de útero, que un concepto genérico y amplio de «discapacidad» supone que la afección constituya una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo, y que «es indiscutible que la imposibilidad para una mujer de gestar un hijo puede ser causa de grave sufrimiento para ella», afirma que el concepto de «discapacidad» utilizado en la [Directiva 2000/78/CE](#) es mucho estricto y restrictivo, de tal manera que solo «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», y que, por ello, «la incapacidad para tener un hijo por medios convencionales no constituye en principio un impedimento para que la madre subrogante acceda a un empleo, lo ejerza o progrese en él». Esto es, aquella situación «no constituye una "discapacidad", en el sentido de la Directiva 2000/78/CE, de tal manera que aquella Directiva, y, en particular, su artículo 5, no es aplicable en una situación de imposibilidad de gestar o puede gestar y dar a luz a un hijo por sufrir falta de útero».

4. TRASCENDENCIA DE LA DOCTRINA SENTADA Y PROBABILIDAD DE CONSOLIDACIÓN FUTURA

Parece razonable a la luz del Derecho de la Unión Europea vigente concluir, como hace el Tribunal de Justicia, que una trabajadora, en su calidad de madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación, no entra en el ámbito de los permisos por maternidad, pero que eso no excluye la facultad de las legislaciones nacionales para poder instituirlo, así como que la falta de útero, no supone, en principio, «discapacidad», pero también que las legislaciones nacionales pueden ampliar dicho concepto. En cualquier caso, la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia en las sentencias objeto de comentario parece consolidada y que no sufrirá variación futura.