

## MATERNIDAD DE ALQUILER O POR SUSTITUCIÓN: CONTRADICCIÓN DOCTRINAL SERVIDA

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 13 de mayo de 2014, rec. núm. 749/2014**

**Juan Carlos Benito-Butrón Ochoa**

*Magistrado especialista Social  
Profesor asociado. UPV-EHU*

### 1. EL MARCO LEGAL: VOLUNTAD DEL LEGISLADOR Y VOLUNTAD LEGISLATIVA

El sistema de Seguridad Social español tan solo a partir de la [Ley 42/1994](#), que procedió en menos de tres meses a reformar el [Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio](#), que suponía la refundición de la normativa básica de Seguridad Social que se hacía esperar más de 30 años, introdujo las figuras propias y situaciones características de riesgo durante el embarazo, maternidad y lactancia, como contingencias propias y separadas de la incapacidad laboral transitoria, posteriormente incapacidad temporal por contingencia común, que había caracterizado la regulación de esta protección tan característica y específica de la mujer trabajadora, no solo por cuestiones sanitarias sino también de prestación económica y de suspensión contractual. Por ello se introdujo un nuevo capítulo IV bis con una redacción de articulados que iban del *133 bis al quinquies* en peculiar nomenclatura.

Posteriormente, la [Ley 39/1999](#) introdujo unas exigencias comunitarias ([Directiva 92/85/CE](#) y [96/34/CE](#)) como acciones positivas de transposición, desarrolladas posteriormente en el [Real Decreto 1251/2001](#), y en la actualidad por el [Real Decreto 295/2009](#) –arts. 2 a 21–. Y es la [Ley Orgánica 3/2007](#) la que efectúa una ampliación de la protección de la mujer trabajadora mejorando los supuestos de suspensión contractual (acogimiento de menores permanente, simple o provisional) ampliando su duración, flexibilizando los requisitos de acceso e incorporando incluso una versión asistencial o no contributiva (que no universal).

Aparentemente, la suspensión del contrato de trabajo en razón de la maternidad trae sus consecuencias respecto de la prestación de Seguridad Social y tiene como objetivo básico mejorar la protección del recién nacido y fomentar la coparticipación en el cuidado del menor en convivencia con el otro progenitor (antes de la [Ley 13/2005](#) de modificación del matrimonio, terminología típica de padre y madre). Con lo que la redacción del artículo 48 del [ET](#) y el artículo 30 de la [Ley 30/1984](#) (después superado por la [Ley 7/2007, de 12 de abril](#), del Estatuto Básico del Empleado Público en su art. 49) permiten conexionar los supuestos de la duración de tal prestación económica de seguridad social al relacionarlos con el actual capítulo IV bis que mantendrá dos secciones desde los artículos 133 bis a 133 septies, y su desarrollo en el [Real Decreto 295/2009](#) ya citado.

Así, la primera modificación significativa se refiere a los supuestos que dan acceso a la prestación de maternidad como situación protegida, donde no ya solo la adopción y el acogimiento, tanto preadoptivo como permanente, dan acceso sino que ahora se amplían las posibilidades al acogimiento simple de conformidad con el [Código Civil](#) o las leyes autonómicas, siempre y cuando su duración no sea inferior al año, e incluso aunque tal acogimiento simple sea provisional. De ahí que la suspensión contractual por maternidad y acceso a la prestación va a tener lugar por nacimiento del hijo, adopción de un menor de 6 años (o de más edad en el ámbito de la función pública, siempre que sea inferior a 18 años), acogimiento de un menor de 6 años (también hasta 18 años en la función pública), cualquiera que sea la modalidad de acogimiento, familiar, preadoptivo o permanente o simple, y aunque sea provisional [curiosamente el carácter provisional del acogimiento no aparece recogido de forma expresa en la normativa de función pública; véase el actual art. 49 b) de la [Ley 7/2007](#), norma que deroga el art. 30.3 [Ley 30/1984](#)]. En adopción o acogimiento se amplía la edad del adoptado o acogido cuando se trate de discapacitados (33% dice el art. 2.3, párrafo 2.º [RD 295/2009](#)), y hasta la mayoría de edad, o en supuestos de que por circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes. Se da muestra de la primacía del bien jurídico protegido, cual es el menor acogido, sobre cualesquiera otras consideraciones jurídicas. Piénsese que el artículo 173 bis del [Código Civil](#) permite formalizar un acogimiento familiar preadoptivo en supuestos de necesidad o conveniencia de establecimiento de un periodo de adaptación del menor que debe ser lo más breve posible y no superior al plazo de un año. Por lo que delimitar el acogimiento familiar simple con un carácter transitorio menor (inferior al año) por entender que la situación del menor va a mejorar y ser reinsertado en su propia familia original, o poder adoptar otras medidas de protección de carácter distinto y estable, provocarán que al no tener la duración mínima del año, ese acogimiento simple no pueda ser protegido por el sistema de Seguridad Social. Mencionar que en el ámbito de la función pública la adopción o el acogimiento no está limitado a esa edad del adoptado o acogido de 6 años, como ya hemos comentado, y que incluso en los supuestos de adopción internacional con necesidad de desplazamiento previo de los progenitores al país de origen del adoptado los funcionarios tienen derecho a disfrutar además de un permiso retribuido de hasta 2 meses de duración, cuando en el ámbito laboral general solo se admite el inicio del permiso y suspensión contractual de hasta 4 semanas previas a la fecha de la resolución de adopción internacional (administrativa o judicial). Mención específica exige el artículo 2.1, párrafo 3.º, del [Real Decreto 295/2009](#) que prevé como situación protegida la constitución de tutela sobre menor por designación de persona física, cuando el tutor sea un familiar que, de acuerdo con la legislación civil, no pueda adoptar al menor (en previsión desarrollada no prevista en la ley principal, *ultra vires*).

En lo que se refiere a la gestación con óvulos y espermia propios, en ámbitos de maternidad de alquiler o sustitución, como premisa previa, hay que indicar que en el ordenamiento español es nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero (art. 10.1 [Ley 14/2006, de 26 de mayo](#), de técnicas de reproducción humana asistidas). No obstante, al haberse producido en el extranjero, la prestación solicitada se entiende supeditada, en principio, a que la filiación quede inscrita en el correspondiente Registro Civil español, hecho que la Direc-

ción General de los Registros y del Notariado está admitiendo (RDGRN de 3 de noviembre de 2011. Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010). Por ello, en la normativa de Seguridad Social vigente no se contempla este supuesto. Y tampoco tiene su encaje en ninguna de las situaciones protegidas por la prestación de maternidad (parto, adopción o acogimiento) porque no existe madre biológica y porque no se ha hecho uso de las instituciones de adopción o acogimiento. Por consiguiente no se puede conceder la prestación de maternidad. Curiosamente, para la prestación de paternidad no existe obstáculo alguno para la concesión de la prestación siempre que reúna los requisitos legalmente exigidos y se inscriba la filiación en el Registro Civil español.

Temática distinta, que no aborda el caso, pero podemos apuntar, es el supuesto de hijo nacido con técnicas de reproducción asistida de mujer casada con otra mujer. En los casos de hijos nacidos con técnicas de reproducción humana asistida (normalmente inseminación artificial), cuando la madre esté casada con otra mujer, esta última podrá ser la beneficiaria de la prestación por paternidad; artículo 7.3 de la [Ley 14/2006, de 26 de mayo](#): «Cuando una mujer estuviere casada con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido».

## 2. EL CASO: SÍNTESIS DEL SUPUESTO DE HECHO

La resolución judicial de instancia, que es impugnada en suplicación, Sentencia núm. 9 del Juzgado de lo Social núm. 2 de Bilbao de 13 de enero de 2014 –autos 1343/13–, otorgaba el derecho de maternidad a una madre (nacida el 8 de agosto de 1949) subrogante en vientre de alquiler con nacimiento de dos hijos (fecha de nacimiento el 19 de junio de 2013), a la que mediante Sentencia de la Corte Superior de California se le atribuían derechos de filiación, y como progenitora legal se le permite la inscripción en el Registro Civil Consular de España, con otorgamiento de libro de familia, sin que existiera impugnación alguna de esa determinación de filiación (RDGRN de 3 de noviembre de 2011 e Instrucción de 5 de noviembre de 2010).

La juzgadora social aplica un principio de no discriminación por filiación, recordando que la normativa civil española no contempla la posibilidad de la maternidad subrogada o por sustitución (contrato nulo), pero que tampoco la normativa de Seguridad Social prevé ni excluye dicha posibilidad, existiendo identidad de razón con la adopción o el acogimiento. Recuerda que la finalidad de protección del menor (no solo el interés de la madre) es equiparable al existente también en adopción y acogimiento. Por ello, rechaza los argumentos de la entidad gestora sobre hipotéticos derechos biológicos naturales (madre natural que ha renunciado voluntariamente) o imposibilidad de acceso a adopción u otros. Cita el [Auto del TS de 1 de diciembre de 1998](#) sobre actos de jurisdicción voluntaria y los artículos 951 y siguientes de la [LEC de 1881](#), para no exigir un procedimiento de *exequatur*.

Nada se dice sobre subsidio de incapacidad temporal (IT) por contingencia común ya disfrutada, pues la madre que pretende ser beneficiaria de maternidad ya ha disfrutado del subsidio

de IT por contingencia común y diagnóstico de ansiedad del 18 de junio al 4 de noviembre de 2013. Tampoco se matiza el carácter múltiple (dos hijos) de la prestación y sus consecuencias económicas (base reguladora mensual de 3,425.70 €) y jurídicas.

La Sala de lo Social del TSJ del País Vasco va a estimar el recurso de suplicación de la entidad gestora (INSS), aceptando solo implícitamente la revisión fáctica que propone recoger el periodo de IT disfrutado del 18 de junio de 2013 al 4 de noviembre de 2013 con diagnóstico de trastorno de ansiedad, y la proposición de alta remitida por la Inspección Médica al conocerse que se había extendido para facilitar su traslado a Estados Unidos, para el supuesto de no estimar la revisión jurídica, que prosperará finalmente.

Y es que valiéndose de la infracción del artículo 23 de la [Ley de Registro Civil de 8 de junio de 1957](#), en relación con el artículo 981 de la [LEC de 1881](#), además del artículo 10 de la [Ley 14/2006](#), y la novedosa STS, Sala 1.ª, de 16 de diciembre de 2013, avisa que su inicial postura de confirmar la resolución de instancia y seguir cierta doctrina autonómica (advertencia y confesión curiosa), se torna en imposible tras la exigencia de lo que entiende por acatamiento de las SSTJUE de 18 de marzo de 2014 –[comentadas en el número 374 de esta Revista](#)–, asuntos [C-167/12](#) y [C-363/12](#) en cuestiones prejudiciales que tratan, respectivamente, la no discriminación por sexo ([Directiva 2006/54/CE](#)) y la no discriminación por discapacidad ([Directiva 2000/78/CE](#)), esta última en Cuestión Prejudicial que presenta un tribunal de Irlanda sobre madre subrogante discapacitada para la gestación, y a la que no se otorgará derecho o permiso empresarial retributivo equivalente al permiso de maternidad o de adopción, puesto que avisa que no puede apreciarse la validez de la directiva en relación con la Convención de la Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad.

### 3. DOCTRINA SENTADA: POSICIÓN JUDICIAL RESPECTO AL MARCO LEGAL

La prestación de maternidad en supuesto de «gestación por sustitución o alquiler» es denegada por la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco, con estimación del recurso de suplicación del INSS y sustento equívoco en la jurisprudencia del TJUE, Sentencias de 18 de marzo de 2014, asuntos [C-167/12](#) y [C-363/12](#), de acuerdo con las cuales el hecho de que un empleador deniegue un permiso de maternidad a una madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución, no constituye una discriminación basada en el sexo, como tampoco constituye discriminación por discapacidad el hecho de denegar el permiso retribuido de maternidad o adopción a una trabajadora con incapacidad para gestar un hijo y que acude a un convenio de gestación por sustitución. Cita de cosecha propia la [STS, Sala 1.ª, de 6 de febrero de 2014, rec. núm. 245/2012](#), que entiende adopta esta misma línea decisoria, dejando sin efecto la Instrucción de 8 de febrero de 2009 de la DGRN que ordenó la inscripción de nacimiento en el Registro Civil en supuesto de gestación por sustitución, y aunque reconoce no afectar a la Instrucción posterior de 5 de octubre de 2010 que cita la instancia.

Para nada estudia los argumentos vertidos en la instancia sobre la protección del interés y derecho del menor, que lleva implícita toda finalidad de la prestación de maternidad (no solo en beneficio de la madre), los principios de no discriminación por filiación, o la laguna regulatoria en el ámbito civil y en el de seguridad social, existiendo identidad de razón con la adopción o el acogimiento. Tampoco comenta la referida STSJ de Madrid de 13 de marzo de 2013, que es invocada por la instancia, al afirmar que el carácter ilegal de una filiación no justifica ningún trato diferenciado en sus efectos de Seguridad Social.

#### 4. TRASCENDENCIA PRÁCTICA DE LA SENTENCIA Y PROBABILIDAD DE CONSOLIDACIÓN COMO JURISPRUDENCIA

La posición doctrinal de la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco pretende compaginarse con una lectura urgente de la jurisprudencia comunitaria que cita, pero creemos que no acierta a aplicar una respuesta al cuestionamiento jurídico diferenciador de ambos supuestos, donde la pregunta al tribunal comunitario lo es desde una versión de permiso empresarial de maternidad (con connotaciones de discriminación de sexo y discapacidad), que nada tiene que ver con la solución a la pretensión en materia de seguridad estricta que preconiza el subsidio de maternidad y relaciona la inexigibilidad de un trato diferenciador o peyorativo entre la maternidad (filiación) por adopción o acogimiento (internacional), el interés y derecho del menor (y no solo de la madre). El adorno que supone citar la STS, Sala 1.<sup>a</sup>, de 6 de febrero de 2014, rec. núm. 245/2012, que entiende adopta esta misma línea decisoria, dejando sin efecto la Instrucción de 8 de febrero de 2009 de la DGRN que ordenó la inscripción de nacimiento en el Registro Civil en supuesto de gestación por sustitución, como bien reconoce, no afecta ni siquiera a la Instrucción posterior de 5 de octubre de 2010 que cita la instancia.

Existe contradicción con las [SSTSJ de Madrid de 18 de octubre de 2012, rec. núm. 1875/2012](#) y [13 de marzo de 2013, rec. núm. 3783/2012](#), [STSJ de Cataluña de 23 de noviembre de 2012, rec. núm. 6240/2011](#), [STSJ de Castilla y León de 5 de mayo de 2010, rec. núm. 539/2010](#) y [STSJ de Asturias de 20 de septiembre de 2012, rec. núm. 2320/2012](#), entre otras, que consideran que en estos casos se dan los requisitos legales para reconocer el derecho al descanso y la prestación por maternidad, puesto que, al igual que en la maternidad natural, el derecho se reconoce para procurar la atención del menor, cuya finalidad concurre del mismo modo en una (alquiler-sustitución) o en otra (natural-adoptiva). Entender lo contrario supone una vulneración del principio de igualdad (art. 14 CE), sin que la diferente naturaleza de las instituciones familiares permita denegar el subsidio.

La última palabra la tendrá nuestra Sala de lo Social del Tribunal Supremo.