

Diciembre 2016

¿SE ABRE LA BRECHA? EL TRIBUNAL SUPREMO RECONOCE EL DERECHO A LAS PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL POR MATERNIDAD EN LOS SUPUESTOS DE MATERNIDAD «SUBROGADA»

(A propósito de las SSTs, Sala 4.^a, de 25 de octubre –RCUD 3818/2015– y 16 de noviembre de 2016 –RCUD 3146/2014–)

José Antonio Panizo Robles

Administrador Civil del Estado

Sumario

- I. Introducción
- II. Síntesis de los casos resueltos por las Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de octubre y de 16 de noviembre
 1. Sentencia de 25 de octubre de 2016 (RCUD 3818/2015)
 2. Sentencia de 16 de noviembre de 2016 (RCUD 3146/2014)
- III. La «maternidad subrogada» y las prestaciones de la Seguridad Social
 1. Consideraciones previas
 2. La inscripción registral de la filiación, mediando contrato de sustitución
 3. El acceso a las prestaciones de maternidad en supuestos de gestación por sustitución
 4. Un «alto en el camino»: Los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Justicia y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
 5. El «estado de la cuestión» con anterioridad al dictado de las Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de octubre y 16 de noviembre de 2016
- IV. Los criterios establecidos en las Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de octubre y 16 de noviembre de 2016

I. INTRODUCCIÓN

La doctrina¹, analizando la posición de los órganos judiciales sobre la posibilidad de acceso a las prestaciones de Seguridad Social por maternidad, en los supuestos de gestación por sustitución, indicaba que habría que esperar al pronunciamiento del Tribunal Supremo para que, por la vía de los recursos procedentes, procediese a la unificación de criterios contradictorios, en orden a la cobertura de la Seguridad Social en favor de las personas comitentes del denominado «contrato de gestación subrogada» (o de «vientre de alquiler», como también se denomina), de modo que a las mismas se les pudiesen reconocer las prestaciones que el ordenamiento socio-laboral prevé para los casos de maternidad/paternidad².

Esta unificación de criterios se ha logrado a través de las Sentencias del Pleno de la Sala 4.^a del Tribunal Supremo de 25 de octubre y 16 de noviembre, ambas de 2016 (RCUD [3818/2015](#) y [3146/2014](#), respectivamente)³, mediante las que, descartándose por una de las «posiciones en cuestión» y, con base en la especial protección del menor que se inserta en la nueva familia, considera que los comitentes pueden disfrutar de la suspensión de la relación laboral y, derivado de ello, de las correspondientes prestaciones de Seguridad Social, sustitutivas del salario dejado de percibir por dicha suspensión, y todo ello con independencia de que la situación a proteger –la maternidad subrogada– no figure, como tal y de forma expresa, dentro de las situaciones previstas en el [artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores \(ET\)](#)⁴ o en el [artículo 177 de la Ley General de la Seguridad Social \(TRLGSS\)](#)⁵, puesto que, a juicio del Tribunal Supremo, es posible acudir en estos supuestos a la vía

¹ Vid. HIERRO HIERRO, F. J.: «Maternidad subrogada y prestaciones de Seguridad Social», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 190, septiembre 2016.

² El propio Tribunal Supremo, en la [Sentencia de 16 de noviembre de 2016](#), que se comenta en este trabajo, se hace eco de esos pronunciamientos contradictorios dictados por los Tribunales Superiores de Justicia, señalando, en el FJ 3.^º, 2:

a) Entre las sentencias que ha concedido el acceso a las prestaciones de maternidad, en supuestos de maternidad subrogada, entre otras las SSTSJ de Madrid de [18 de octubre de 2012 \(rec. núm. 1875/2012\)](#), [13 de marzo de 2013 \(rec. núm. 3783/2012\)](#), 23 de diciembre de 2014 (rec. núm. 497/2014) y 12 de febrero de 2016 (rec. núm. 739/2015); SSTS de Cataluña de [23 de noviembre de 2012 \(rec. núm. 6240/2011\)](#), [1 de julio de 2015 \(rec. núm. 2460/2015\)](#) o 11 de febrero de 2016 (rec. núm. 6519/2015).

b) Y como pronunciamientos que deniegan las prestaciones indicadas, las SSTSJ de Madrid de [7 de julio de 2014 \(rec. núm. 142/2014\)](#) y 5 de octubre de 2015 (rec. núm. 473/2015) o las SSTSJ del País Vasco de [13 de mayo de 2014 \(rec. núm. 749/2014\)](#) y 3 de mayo de 2016 (rec. núm. 651/2016).

³ Llama la atención el tiempo transcurrido desde que el propio Tribunal Supremo publicitó una nota de prensa, indicando el contenido de las sentencias que se comentan en este trabajo ([nota del día 20 de octubre de 2016](#)) y la fecha en que se ha hecho público el contenido concreto de las mismas.

⁴ Texto refundido aprobado por [Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre de 2015 \(ET\)](#).

⁵ Texto refundido aprobado por [Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre \(TRLGSS\)](#).

de la analogía, aplicando para aquellos la misma solución que el ordenamiento de la Seguridad Social prevé para los supuestos de adopción y acogimiento⁶.

II. SÍNTESIS DE LOS CASOS RESUELTOS POR LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 25 DE OCTUBRE Y DE 16 DE NOVIEMBRE

1. SENTENCIA DE 25 DE OCTUBRE DE 2016 (RCUD 3818/2015)

1.1. El demandante tuvo dos hijas, nacidas mediante la técnica de reproducción humana asistida, en la que el demandante fue el padre genético y los óvulos fueron de una mujer, que gestó a favor del mismo, mediando un contrato de gestación subrogada. Las menores, en fecha 25 de septiembre de 2013, fueron inscritas en el Registro Civil del Consulado de España; teniendo en cuenta que el padre de las menores aceptó ejercer exclusivamente la patria potestad, renunciando la madre biológica (que declaró tal condición ante la autoridad notarial de la ciudad de Nueva Delhi) a toda acción y derecho sobre las nacidas, incluida la guardia y custodia de las mismas⁷.

Con fecha 31 de octubre de 2013, el demandante reclamó las prestaciones por maternidad por el nacimiento de sus dos hijas, siendo denegada su solicitud, mediante resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) de fecha 6 de noviembre de 2013, por no encontrarse en ninguna de las situaciones protegidas en el artículo 133 bis de la [Ley General de la Seguridad Social](#) (en la actualidad, [art. 177 TRLGSS](#)), denegatoria que también se extendió a la oportuna reclamación previa.

1.2. Efectuada demanda ante la jurisdicción social, la misma fue desestimada por sentencia del Juzgado de lo Social n.º 2 de Mataró, de fecha 17 de diciembre de 2014. Presentado el oportuno recurso de suplicación de 15 de septiembre de 2015, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

⁶ El Tribunal Supremo va a adoptar la línea mayoritaria que venían ya planteando determinados Tribunales Superiores de Justicia, para los que el reconocimiento de las prestaciones de maternidad, en los supuestos de maternidad subrogada, era posible, de una parte, porque la nulidad del contrato de maternidad por sustitución (conforme a la legislación española) no puede perjudicar, en ningún caso, la protección del menor por la Seguridad Social; además, aunque la maternidad por sustitución no apareciese expresamente señalada dentro de las situaciones protegidas por las prestaciones de Seguridad Social, sin embargo su cobertura puede reconducirse, analógicamente, a través de la adopción o el acogimiento y, a su vez, la renuncia de la madre gestante al disfrute del permiso de maternidad (siquiera fuese implícitamente) no puede ser obstáculo para que la prestación pueda ser disfrutada por el otro progenitor. Asimismo, de no darse esa protección en la situación de maternidad por gestación, existiría una discriminación en esta modalidad de filiación respecto a la cobertura que el ordenamiento español reconoce en los casos de adopción o acogimiento.

⁷ La problemática del reconocimiento de las prestaciones por maternidad, en los supuestos de suscripción del contrato de gestación por sustitución por un varón en solitario es analizado en CERVILLA GARZÓN, M. J.: «El avance hacia el reconocimiento del derecho a la prestación por maternidad y otros derechos sociales en los supuestos de gestación por sustitución», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 188, junio 2016.

estimó el mismo, admitiendo el acceso a las prestaciones por maternidad por parte del demandante, considerando que:

- a) la inscripción en el Registro Civil de la filiación puede asimilarse a la situación de adopción o al acogimiento, situaciones para las que el ordenamiento socio-laboral español prevé el acceso a prestaciones por maternidad;
- b) aunque el Tribunal de Justicia de la Unión Europea considera como no discriminatoria la denegación de prestaciones por maternidad, ello no impide que los Estados puedan reconocer, en el marco de sus legislaciones, tales derechos;
- c) no puede denegarse el acceso a las prestaciones por maternidad, amparándose en la [Ley 14/2006, de 26 de mayo](#), sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA), ya que esta disposición legal no regula la prestación por maternidad, ni, en consecuencia, su contenido puede condicionar la atención a los menores;
- d) la aplicación de los principios del interés superior del menor y el de la igualdad ante la ley de los hijos, con independencia del nacimiento, obliga a los poderes públicos a efectuar una interpretación de las disposiciones legales en el sentido de favorecer las especiales relaciones entre el padre y las menores nacidas, y,
- e) por último, de la propia normativa de la Seguridad Social (art. 2 del [RD 295/2009, de 6 de marzo](#), por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural) puede efectuarse una aplicación análoga, a las situaciones de maternidad subrogada de la regulación establecida para las de adopción y acogimiento.

1.3. Contra la [STSJ de Cataluña de 17 de septiembre de 2015 \(rec. núm. 2299/2015\)](#), por la Administración de la Seguridad Social se formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando como sentencia de contraste la [STJ del País Vasco de 13 de mayo de 2014 –rec. núm. 749/2014–](#) (que, en un supuesto de maternidad por gestación subrogada había denegado las prestaciones de maternidad a las personas comitentes), alegando, además, la infracción de la [Directiva 92/85/CEE del Consejo de 19 de octubre de 1992](#), relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, así como el artículo 133 bis de [Ley General de la Seguridad Social](#) (actualmente, [art. 177 TRLGSS](#)) y el [artículo 48.4 del ET](#), en relación con el artículo 10 de la [LTRHA](#).

2. SENTENCIA DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2016 (RCUD 3146/2014)

2.1. La interesada y su esposo efectuaron, en el Estado de California, un contrato de gestación subrogada con otra mujer, habiéndose declarado, por la Corte Suprema de California y con anterioridad al parto, que el *nasciturus* era hijo de ambos. Habiéndose producido el alumbramiento por la madre subrogada, con fecha 3 de mayo de 2013, tres días después (6 de mayo de 2013),

el menor es inscrito en el Registro Civil de San Diego (California) y, posteriormente (28 mayo de 2013), en el Consulado General de España en Los Ángeles, en ambos casos como hijo de la interesada y su esposo.

Con fecha 28 de mayo de 2013, se solicita del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) las prestaciones por maternidad, que son denegadas, al considerar la Entidad gestora que la gestación de un menor por útero subrogado no constituye una situación protegida a los efectos de la prestación de maternidad, criterio denegatorio que se mantiene en la contestación a la correspondiente reclamación previa.

2.2. Contra la resolución del INSS se presenta demanda ante la jurisdicción social, al considerarse que el criterio administrativo supone un desconocimiento de los artículos de la [Constitución](#) 39 (protección social, económica y jurídica de la familia y protección integral de los hijos, iguales ante la ley, con independencia de la filiación) y 14 (tratamiento de igualdad ante situaciones semejantes y prohibición de discriminación), que es resuelta, en sentido denegatorio, por la sentencia del Juzgado de lo Social n.º 31, de Madrid.

Planteado recurso de suplicación contra la sentencia de instancia, el mismo es resuelto en sentido desestimatorio, a través de la [STSJ, Sala Social, de Madrid, de 7 de julio de 2014 \(rec. núm. 142/2014\)](#), señalando que, aunque la sala en supuestos semejantes había posibilitado el acceso a las prestaciones por maternidad⁸, sin embargo, en esta ocasión tiene en cuenta el contenido de la [STSJ del País Vasco, de 13 de mayo de 2014 \(rec. núm. 749/2014\)](#), apoyada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁹, para adoptar ahora una posición contraria, denegando, en los casos de maternidad por subrogación, el derecho de los padres comitentes a acceder a las prestaciones por maternidad, establecidas en el TRLGSS.

2.3. Contra la anterior STSJ de Madrid se interpone recurso de casación para la unificación de doctrina, presentando como contradictoria la [Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Asturias de 20 de septiembre de 2012 \(rec. núm. 1604/2012\)](#)¹⁰, recurso que es objeto de resolución a través de la [STS de 16 de noviembre de 2016](#).

⁸ SSTSJ de Madrid de [18 de octubre de 2012 \(rec. núm. 1875/2012\)](#) y [13 de marzo de 2013 \(rec. núm. 3783/2012\)](#).

⁹ SSTJUE de 18 de marzo de 2014, asuntos [C-167/12](#) y [C-363/12](#). En los pronunciamientos de Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y analizando la [Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992](#), relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, se concluye que los Estados miembros no están obligados, en virtud del artículo 8 de la misma, a conferir un permiso de maternidad a una trabajadora que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución, incluso cuando pueda amamantar a ese niño tras su nacimiento o lo amamante efectivamente.

¹⁰ El caso enjuiciado en la [STSJ de Asturias de 20 de septiembre de 2012](#) tiene un contenido similar al de la [STS de 16 de noviembre de 2016](#) (maternidad por sustitución, a través de un contrato de gestación subrogada, celebrado en el estado de California), si bien en este supuesto se posibilita el acceso a las prestaciones por maternidad de los padres comitentes.

III. LA «MATERNIDAD SUBROGADA» Y LAS PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

Desde hace unos años, tiene incidencia en la sociedad española la problemática de la reproducción conseguida a través de la denominada «maternidad por sustitución» (conocida también bajo la expresión coloquial de «vientre de alquiler»)¹¹, que puede definirse como un contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre sí o no, que a su vez pueden aportar o no sus gametos¹².

Aunque algunas legislaciones internacionales legitiman estas prácticas¹³ (por ejemplo, las de Canadá, Estados Unidos, Reino Unido o Rusia), sin embargo en el ordenamiento jurídico español¹⁴ se declara nulo «el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncie a la filiación materna, a favor del contratante o de un tercero», pronunciándose de una forma expresa que la filiación siempre se ha de determinar por el parto, sin perjuicio de la posible acción de reclamación de la paternidad, respecto del padre biológico.

Aunque en España no sea válido el contrato de gestación por sustitución, el problema se ha suscitado en relación con la filiación y la inscripción de la misma en los correspondientes registros españoles de menores nacidos en el extranjero, mediando un contrato de dicha naturaleza, considerando al tiempo que esos nacimientos han podido ser registrados en el correspondiente Estado, y declarada por las autoridades judiciales extranjeras, conforme a su ordenamiento, la filiación de los mismos

¹¹ La doctrina viene diferenciando entre la maternidad subrogada tradicional o plena, en la que madre subrogada es, de igual modo, la madre genética, en cuanto que son sus óvulos los fecundados con el esperma del padre comitente o un donante; y la maternidad subrogada gestacional o parcial, en la que la madre subrogada no es la madre genética, puesto que los óvulos fecundados corresponden a otra mujer, sea o no la comitente.

¹² Vid. SELMA PENALVA, A.: «Vientres de alquiler y prestación por maternidad», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 9, 2013.

¹³ Una panorámica de la situación de la gestación por sustitución en VILAR GONZÁLEZ, S.: «Situación actual de la gestación por sustitución», *Revista de Derecho de la UNED*, núm. 14, 2014. Para esta autora la situación legal de la maternidad subrogada en un plano internacional puede resumirse en las siguientes posiciones:

- a) Estados que admiten esta práctica, bien sea a título gratuito o con contraprestación económica (como son los supuestos de varios estados de Estados Unidos, Georgia, India, Rusia o Ucrania).
- b) Países que admiten la maternidad mediante gestación por sustitución, pero solo cuando se lleva a cabo de forma altruista y con ciertos condicionantes (Brasil, Canadá, Dinamarca, Ecuador, Países Bajos, Grecia, Israel o Reino Unido).
- c) Por último, otro grupo –en el que se encuentra España–, que prohíbe el contrato de gestación por sustitución, lo sea a título gratuito u oneroso (entre los que se encuentran también Alemania, Austria, Francia, Hungría o Italia).

¹⁴ Artículo 10 de la *Ley 14/2006, de 26 de mayo*, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

con la madre comitente, así como si en tales situaciones se accede o no a los derechos laborales y de Seguridad Social aplicables a la situación de maternidad.

2. LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL DE LA FILIACIÓN, MEDIANDO CONTRATO DE SUSTITUCIÓN

2.1. Respecto de la filiación de un menor, nacido mediando contrato de gestación subrogada, y su inscripción registral, la problemática se suscitaba en determinar si, pese a la prohibición en España del contrato de gestación por sustitución, era posible inscribir una certificación extranjera, mediante la que se documente una filiación originada mediando un contrato de tal naturaleza, teniendo en cuenta que la [Ley del Registro Civil](#)¹⁵ establece la posibilidad de la práctica de la inscripción por certificación de asientos extendidos en registros extranjeros cuando no haya duda sobre la existencia del hecho a inscribir y de la legalidad del mismo¹⁶.

A tal fin, se ha venido defendiendo que el artículo 10 de la [LTRHA](#) debería regir cuando se tratase de un supuesto de parto producido en España, pero no cuando el mismo hubiese ocurrido fuera de nuestras fronteras, en un país que admita la gestación por sustitución, de modo que si la resolución extranjera que se presenta a inscripción en España cumple los requisitos legalmente exigidos, debería poder acceder al Registro Civil español, cuestión que venía siendo resuelta de forma favorable por la Dirección General de Registros y del Notariado¹⁷, basándose en que, aun tratándose de

¹⁵ Conforme al artículo 23 de la [Ley del Registro Civil \(de 8 de junio de 1957\)](#), las inscripciones se practican en virtud de documento auténtico o, en los casos señalados en la ley, por declaración en la forma que ella prescribe. También podrán practicarse, sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos extendidos en registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la ley española. En la actualidad, la referencia al citado artículo 23 ha de entenderse realizada al artículo 28 de la [Ley 20/2011, de 21 de julio](#), del Registro Civil. Ha de tenerse en cuenta, de igual modo, el artículo 85 del Reglamento del Registro Civil, aprobado por [Decreto de 14 de noviembre de 1958](#).

¹⁶ Respecto de los procedimientos de inscripción en los casos de maternidad mediante gestación por sustitución, *vid.* VILAR GONZÁLEZ, S.: «Situación actual...», *op. cit.*, págs. 915 y ss.

¹⁷ Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009, así como la Instrucción, del mismo centro directivo, de [5 de octubre de 2010 \(BOE de 7 de octubre\)](#).

Para la Dirección General de Registros y del Notariado, conforme al artículo 23 de la [Ley del Registro Civil](#) y del artículo 85 de su [Reglamento](#) antes referenciados, para acordar la inscripción registral en España de una certificación extranjera necesariamente se ha de exigir que esta supere un control de legalidad, control que se realiza gracias a la aportación de una resolución judicial dictada en el país en el que se ha llevado a cabo la maternidad por subrogación, que asegure el cumplimiento de los requisitos del país donde se haya formalizado la certificación extranjera y concrete todos los aspectos relacionados con el nacimiento del hijo, especificando con claridad la identidad del sujeto o sujetos sobre los que recae la patria potestad. Solo entonces las certificaciones extranjeras pueden tener acceso al Registro Civil español.

Un análisis de las mismas en BEROVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «Hijos *made in California*», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3, 2009; CAMARERO GONZÁLEZ, G.: «Notas sobre la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009, en un caso de gestación por sustitución», *Diario La Ley*, núm. 7910,

supuestos prohibidos en España, el reconocimiento de una filiación y su correspondiente inscripción en el Registro (aunque derivase de un previo contrato de gestación por sustitución) no vulneraba el orden público, considerando, además, que el rechazo a la inscripción podría provocar que los hijos quedasen privados de una filiación con constancia registral en España, afectando de esta forma al interés superior del menor, amparado por el artículo 3 de la [Convención sobre los Derechos del Niño](#)¹⁸.

2.2. No obstante las previsiones anteriores, la cuestión dio un «giro copernicano», tras la [STS, Sala de lo Civil, de 6 de febrero de 2014](#), dictada en recurso de casación (rec. núm. 245/2012), mediante la que se confirma la sentencia de instancia¹⁹ que acordó dejar sin efecto la inscripción en el Registro Civil español de dos menores nacidos en el estado de California, por gestación por sustitución, con base en las certificaciones registrales extranjeras en las que figuraban como padres dos varones españoles casados entre sí. Para la [STS de 6 de febrero de 2014](#)²⁰ la prohibición del contrato de gestación por sustitución, contenida en el ordenamiento jurídico español, no despliega efectos solo para los supuestos producidos en España, sino también sobre los casos realizados en el extranjero, aunque se trate de países que, en su legalidad, reconozcan estas prácticas.

De este modo, se vedaba el acceso a la inscripción registral de las certificaciones extranjeras sobre filiación entre menores nacidos en el extranjero, mediando contrato de gestación por sustitución, y los padres subrogantes, filiación que, en todo caso, debe realizarse a favor de la madre biológica, sin perjuicio de la paternidad respecto del padre biológico.

2.3. Sin embargo, la Dirección General de Registros y del Notariado (Circular de 11 de julio de 2014), tras los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)²¹, sigue

2012 y SALAS CARCELLER, A.: «El registro civil español y la filiación surgida de la gestación por sustitución», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, 2011.

¹⁸ Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 26 de noviembre de 1989 (Instrumento de ratificación por España, de dicha norma internacional, del 30 de noviembre de 1990 –BOE de 31 de diciembre–).

¹⁹ Sentencia del magistrado-juez de Primera Instancia n.º 15 de Valencia de 15 de septiembre de 2010, confirmada por la SAP de Valencia de 23 de noviembre de 2011.

²⁰ Un análisis de la [STS \(Sala 1.ª\) de 6 de febrero de 2014](#), en ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: «Maternidad subrogada y prestaciones de maternidad y paternidad», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 8, 2016. Para este autor, no deja de ser sorprendente que la STS, tras denegar la inscripción registral, no determine cuál sea la filiación de los menores, ni cómo pueda concretarse la misma, limitándose a instar a la Fiscalía para ejercitar las acciones pertinentes que permitan determinar, en la medida de lo posible, la filiación de los menores.

²¹ Para la Dirección General del Registro y del Notariado, los criterios emanados de la [STS \(Sala 1.ª\) de 6 de febrero de 2014](#) han sido superados por la posición adoptada por el TEDH, en los casos [Mennesson c. Francia –núm. 65192/11–](#) y [Labassee c. Francia –núm. 65941/11–](#), que considera que se produce una contravención del artículo 8 del [Convenio Europeo de Derechos Humanos](#), como consecuencia de la negativa de las autoridades francesas a reconocer la filiación determinada en un país extranjero, a causa de la nulidad, conforme al ordenamiento jurídico francés, de los contratos de gestación por sustitución. Para el TEDH, aunque los Estados disponen de un amplio margen para permitir o prohibir los contratos de gestación por sustitución en su territorio, debe existir un equilibrio entre los intereses del Estado y de los individuos directamente afectados, teniendo en cuenta que, ante todo, debe primar el interés superior del menor.

considerando vigentes los criterios contenidos en la [Instrucción de 5 de octubre de 2010](#), así como la Resolución 5/2011, de 23 de septiembre, conforme a la cual se puede inscribir en el Registro Civil español el nacimiento en el extranjero, por medio de la técnica de gestación por sustitución, en los casos de existencia de una resolución judicial del órgano competente, en la que conste la filiación del nacido, así como el libre consentimiento de la madre gestante y la renuncia de esta sobre el menor, y ello a pesar de la reiteración de la posición de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo²².

3. EL ACCESO A LAS PRESTACIONES DE MATERNIDAD EN SUPUESTOS DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

3.1. La otra cuestión debatida, respecto de la maternidad subrogada, ha sido la del acceso a las prestaciones de la Seguridad Social por maternidad cuando se dan los supuestos de gestación por sustitución, de modo que, con independencia del origen biológico de la maternidad, la cobertura protectora habría de extenderse a la persona comitente, considerando que, en el ámbito socio-laboral, los derechos ligados a la maternidad no se limitan a la maternidad biológica, sino que se extienden a otras figuras (como la adopción o el acogimiento), a fin de dar protección adecuada al interés del menor y propiciar una conciliación efectiva de las responsabilidades familiares y laborales²³.

A pesar de los criterios administrativos en contrario²⁴, desde las instancias judiciales²⁵ se venía reconociendo la prestación de maternidad en los supuestos señalados, aplicando la analogía, consi-

Un análisis del contenido y alcance de estos pronunciamientos en CORDERO GORDILLO, V.: «La prestación por maternidad en los supuestos de gestación por sustitución», *Revista Trabajo y Derecho*, núm. 7/8, 2015.

²² Con fecha [2 de febrero de 2015](#), la Sala 1.ª del Tribunal Supremo dictó auto desestimatorio del incidente de nulidad de actuaciones, planteado frente a la [STS de 6 de febrero de 2014](#), a la luz de los pronunciamientos del TEDH, considerando que el contenido de los mismos no obliga a una rectificación de la doctrina contenida en aquella. Un resumen de los criterios en que se basa el auto desestimatorio se contiene en el apartado 3 B), del FJ 5.º, de la [STS de 25 de octubre de 2016](#), y en el punto 3, del FJ 4.º, de la [STS de 16 de noviembre de 2016](#).

²³ El [artículo 48.4 del ET](#) no recoge expresamente la maternidad por sustitución como situación que genere el derecho al descanso por maternidad, ya que el mismo únicamente cita las situaciones de parto, adopción o acogimiento. En similar sentido, el [artículo 177 del TRLGSS](#) tampoco contempla, como situación protegida a efectos de la prestación económica, la maternidad que derive de una maternidad «subrogada».

²⁴ Criterio administrativo del INSS 11/2009, que recoge el contenido de la Resolución de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social de 23 de julio de 2009, mediante el que se veda la posibilidad de atender la solicitud de prestación de maternidad, formulada por varón, padre biológico de dos niñas, nacidas en el extranjero, previa adquisición de un óvulo, y contratación de una mujer para llevar a cabo la gestación. Ese mismo criterio se ha extendido en un supuesto de pareja heterosexual, en la que la maternidad viene precedida de gestación por sustitución.

Una crítica de la posición del INSS, desde una representación de los intereses de las madres y los padres comitentes en <http://sonnuestroshijos.blogspot.com.es/2010/12/conciliacion-de-la-vida-laboral-y.html>

²⁵ *Vid.* la SJS n.º 2 de Oviedo de 9 de abril de 2012 (rec. núm. 1043/2011). Un análisis de la primera en HIERRO HIERRO, F. J.: «Gestación por sustitución y prestación de maternidad», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 6, 2012.

derándose la maternidad por subrogación como un supuesto más de «maternidad», tanto si es contratada por una pareja heterosexual u homosexual, o por un sujeto en solitario, independientemente de su género, de modo que, surgida la necesidad de atención y cuidado del menor, en especial en los primeros meses de vida, la respuesta del sistema socio-laboral habría de ser la cobertura protectora aunque la filiación se generase por la convalidación internacional de la inscripción registral de la filiación producida por medio de la maternidad subrogada. Además, en todo caso y por aplicación de la técnica de la analogía, debería equipararse el supuesto de la maternidad subrogada al de la adopción, en la que tampoco ha existido parto pero que sí es objeto de protección por el ordenamiento laboral (art. 48 ET) y de la Seguridad Social²⁶, criterio que es seguido por otras resoluciones de diferentes Tribunales Superiores de Justicia²⁷.

4. UN «ALTO EN EL CAMINO»: LOS PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE JUSTICIA Y DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

4.1. El acceso a la cobertura socio-laboral por parte de trabajadora que ostenta la maternidad a través de «gestación por sustitución» ha sido objeto de sendos pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), ambos de fecha 18 de marzo de 2014, mediante los que se resuelven las cuestiones prejudiciales que se le habían planteado²⁸, ante la negativa de los empleadores (uno en el Reino Unido y otro en Irlanda) de conceder los permisos por maternidad en supuestos de madres subrogantes, por si esa negativa, derivada de la aplicación de la legislación interna del respectivo Estado:

- podía ser contraria a la [Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992](#), relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia;

²⁶ STSJ de Castilla-León/Valladolid, Sala de lo Social, de 5 de mayo de 2010 (rec. núm. 539/2010).

²⁷ STSJ de Madrid de 18 de octubre de 2012 (rec. núm. 1875/2012). Un comentario de la misma en BORRAJO DACRUZ, E.: «Gestación por sustitución Sentencia del TSJ de Madrid. Social, de 18 de octubre de 2012», *Actualidad Laboral*, núm. 2, b, 2013.

²⁸ Cuestiones prejudiciales núms. C-167/12 y C-363/12. Un análisis de las SSTJUE de 18 de marzo de 2014 en BENITO-BUSTRÓN OCHOA, J. C.: «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», *RTSS.CEF*, núm. 376, 2014; MORENO PUEYO, M. J.: «La prestación de maternidad en los casos de maternidad subrogada. Estado de la cuestión tras los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de marzo de 2014. STSJ del País Vasco 13 de mayo de 2014 (AS 2014, 1288)», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 172, 2015; MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, A.: «¿Tienen derecho las madres "subrogantes" al permiso y a la prestación por maternidad?», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9/10, 2014; y TAPIA HERMIDA, A.: «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–)», *RTSS.CEF*, núm. 374, 2014.

- podía implicar una discriminación (aunque fuese indirecta) prohibida por la [Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006](#), relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación;
- o, en su caso, podía suponer discriminación por razón de sexo y discapacidad, contraria a la [Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre de 2000](#), relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

En relación con estas cuestiones, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declara:

- que la [Directiva 92/85/CEE](#) ha de interpretarse en el sentido de que los Estados miembros no están obligados, en virtud de artículo 8 de la misma, a conferir un permiso de maternidad a una trabajadora en su calidad de madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución, incluso cuando pueda amamantar a ese niño tras su nacimiento o lo amamante efectivamente;
- de igual modo, el artículo 14 de la [Directiva 2006/54/CE](#) ha de interpretarse en el sentido de que el hecho de que un empleador deniegue un permiso de maternidad a una madre subrogante, que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución, no constituye una discriminación basada en el sexo, y
- por último, la [Directiva 2000/78/CE](#) debe interpretarse en el sentido de que no constituye una discriminación por motivo de discapacidad el hecho de denegar la concesión de un permiso retribuido, equivalente a un permiso de maternidad o un permiso por adopción, a una trabajadora incapacitada para gestar a un niño y que ha acudido a un convenio de gestación por sustitución.

4.2. Aunque las SSTJUE de 18 de marzo de 2014 resuelvan asuntos de la competencia de entidades de otros Estados miembros, las mismas han tenido incidencia directa en el ordenamiento español socio-laboral, ya que de la doctrina contenida en las mismas se confirma que la legislación española, que no reconoce los derechos laborales a la suspensión del contrato de trabajo (con la correspondiente prestación sustitutoria de la Seguridad Social) en los casos de maternidad subrogada, no es contraria a la normativa comunitaria, sin que la misma implique una discriminación, ni siquiera indirecta.

Con base en los criterios de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, sobre todo, con base en los criterios de la [STS \(Sala de lo Civil\) de 6 de febrero de 2014](#), la [STSJ del País Vasco de 13 de mayo de 2014](#)²⁹ va a negar el acceso a las prestaciones de la Seguridad Social por maternidad, en los casos en que medie contrato de gestación por sustitución.

²⁹ Cuyo contenido sigue, entre otras, la [STSJ de Madrid de 7 de julio de 2014](#), que es casada por la reciente [STS de 16 de noviembre de 2016](#).

4.3. La aplicación de las SSTJUE de 18 de marzo de 2014³⁰, en relación con las prestaciones por maternidad previstas en el ordenamiento español de Seguridad Social, ha sido analizado recientemente por el Tribunal Supremo³¹, indicando que de la misma no se puede derivar que el ordenamiento español no pueda reconocer prestaciones de maternidad, en los supuestos de maternidad subrogada, ya que, aunque las sentencias europeas se refieren a la posibilidad de condicionar el permiso de maternidad reconocido en la [Directiva 92/85/CEE](#) a que la trabajadora previamente haya estado embarazada y dado a luz (circunstancia que no concurría en la trabajadora británica que había recurrido a la maternidad subrogada), sin embargo –y como precisa también el Tribunal Europeo–, el derecho comunitario constituye un derecho de mínimos, susceptible de ser mejorado por la legislación de los Estados miembros, situación que concurre, para el Tribunal Supremo, en el ordenamiento español de Seguridad Social, conforme al cual se reconoce el derecho al subsidio por maternidad en las situaciones de adopción y acogimiento, derecho que puede extender, a través de la aplicación del principio de analogía, a los casos de maternidad subrogada.

4.4. Con independencia de los criterios deducidos de las SSTJUE señaladas, el TEDH ha evacuado en los últimos años algunos pronunciamientos que se orientan en un sentido diferente al Tribunal de la Unión Europea.

Así, en su [Sentencia de 14 de noviembre de 2013](#)³², al analizar la denegación, por las autoridades de Croacia, del permiso de maternidad de una trabajadora, en razón de no ser madre biológica, sino adoptiva de un menor mayor de un año (ya que la legislación croata condicionaba el acceso al permiso, en caso de adopción, a que el menor tuviese una edad inferior a un año), considera que el denominado permiso parental tiene su amparo en los artículos 8 y 14 del [Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales](#), de modo que las autoridades públicas de un Estado no pueden injerir en el ejercicio de tal derecho, salvo que la misma esté prevista en norma con rango de ley y, además, constituya una medida que resulte necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades, circunstancias que no concurrían en el caso planteado, tesis que ha reiterado en otros pronunciamientos el mismo tribunal³³.

³⁰ Un análisis del contenido de las SSTJUE de 18 de marzo de 2014 en ORTIZ VIDAL, M. D.: «La gestión por sustitución y las prestaciones sociales por maternidad/paternidad en España y la novísima jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 180, 2015.

³¹ STS, Pleno, de 19 de octubre de 2016 (RCUD 1650/2015), mediante la que se resuelve el recurso de casación de doctrina, planteado por el INSS, contra la STSJ de Cataluña de 9 de marzo de 2015 (rec. num. 126/2015), señalando, como sentencia de contraste, la STJUE de 18 de marzo de 2014, asunto C-167/12. No obstante, para el Tribunal Supremo no existe contradicción alguna entre la sentencia de contraste y la sentencia recurrida (la STSJ de Cataluña de 19 de octubre de 2015).

³² Caso Topčić-Rosenberg contra Croacia.

³³ Posteriormente, el mismo tribunal, en su [Sentencia de 27 de enero de 2015, asuntos Paradiso y Campanelli](#), considera una vulneración del artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales la retirada de la custodia de un menor a una familia que habían suscrito un contrato de gestión por sustitución (prohi-

Por ello, para el TEDH la denegación del permiso/prestación de maternidad constituye una discriminación prohibida por el señalado convenio y, derivado de ello, el Estado ha de abstenerse de adoptar cualquier medida que suponga un obstáculo para el ejercicio y desarrollo de los vínculos familiares entre los padres adoptivos y su hijo, así como la integración de este último en la familia adoptiva³⁴.

5. EL «ESTADO DE LA CUESTIÓN» CON ANTERIORIDAD AL DICTADO DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 25 DE OCTUBRE Y 16 DE NOVIEMBRE DE 2016³⁵

5.1. Como se ha indicado, la posición tradicional de la Administración de la Seguridad Social ha sido la de denegar el acceso a las prestaciones por maternidad en los supuestos de maternidad subrogada³⁶, basándose, principalmente, en dos motivos: de una parte, la nulidad radical en el ordenamiento español del contrato de maternidad por sustitución, nulidad de la que no pueden derivarse efectos respecto de las prestaciones de la Seguridad Social, y ello aunque los menores estuviesen inscritos en el Registro Civil.

A su vez, que el ordenamiento de la Seguridad Social ([art. 177 TRLGSS](#)) no prevé, dentro de las situaciones a proteger, la maternidad subrogada, y ello a pesar de que la regulación última de la prestación procede de la [Ley Orgánica 3/2007](#), para la igualdad entre mujeres y hombres, norma de fecha posterior a la [LTRHA](#), de modo que si el legislador hubiese querido incorporar, dentro de las

bido por la legislación italiana), en tanto se formalizaba la identidad del menor, así como el procedimiento de adopción, puesto que para el TEDH las autoridades italianas, a pesar de las sospechas sobre la conducta ilícita de los comitentes, no habían ponderado de forma adecuada los intereses en juego y, de forma especial, los correspondientes al menor. Un comentario de la sentencia del TEDH y la confrontación de la misma en relación con las sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el eventual impacto en la jurisprudencia nacional en [MOLINA NAVARRETE, C.: «Libertad de procrear, vida en familia y prestaciones de maternidad subrogada: Impacto nacional de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Comentario a la Sentencia del TEDH de 27 de enero de 2015, asunto Paradiso y Campanelli c. Italia, demanda num. 25358/2012»](#), *RTSS.CEF*, núm. 399, 2016.

³⁴ La doctrina (*vid.* CERVILLA GARZÓN, M. J.: «El avance hacia el reconocimiento del derecho a la prestación por maternidad...», *op. cit.*) ha puesto de relieve la importancia del contenido de la [STEDH de 14 de noviembre de 2013](#), considerando que el mismo no toma como referencia la adopción como supuesto de hecho para defender el derecho al permiso, sino que más bien pretende establecer, para la misma, unos efectos similares de los que se derivan para la paternidad biológica y por adopción.

³⁵ *Vid.* nota núm. 2. Un análisis de las posiciones de los tribunales en relación con el acceso a las prestaciones por maternidad en los supuestos de gestación por sustitución en SELMA PENALVA, A.: «Nuevas posiciones en torno a la maternidad subrogada», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 172, 2015.

³⁶ No así en los supuestos de prestaciones por paternidad, ya que, en tales supuestos y conforme al criterio del INSS (Criterio 2009/11, de 17 de septiembre) no existe impedimento alguno para la concesión de la prestación por paternidad, siempre que se reúnan los demás requisitos establecidos y quede inscrita la filiación en el Registro Civil español.

situaciones cubiertas por las prestaciones de maternidad, a la filiación derivada de la maternidad subrogada, podría haberlo hecho³⁷.

5.2. Sin embargo, los criterios adoptados por el INSS para denegar el acceso a las prestaciones por maternidad en los supuestos de maternidad subrogada han sido muchas veces desconocidos por los tribunales, de modo que:

- a) En algunos pronunciamientos se descarta la aplicación de los criterios del INSS, que deniegan las prestaciones por maternidad, basando su negativa en la nulidad, en el ordenamiento español, del contrato de maternidad por sustitución, teniendo en cuenta, de una parte, que a los efectos de las prestaciones de la Seguridad Social, no es necesario acudir a la **LTRHA**, puesto que esta se trata de una norma que no regula prestaciones de Seguridad Social, ni establece en su contenido ninguna particularidad, en relación con el cuidado y protección de los menores³⁸, considerando, a su vez, que el ordenamiento español contempla supuestos no previstos o, incluso, prohibidos por la legislación española que, sin embargo, producen efectos en la Seguridad Social³⁹.
- b) A su vez, para determinados pronunciamientos de los Tribunales Superiores de Justicia, aunque en el ordenamiento de la Seguridad Social –**art. 177 TRLGSS**– no se prevea de forma expresa, y dentro de las situaciones protegidas a efectos de las prestaciones por maternidad, la maternidad subrogada, ello no es óbice para el reconocimiento de esa

³⁷ En la **STS de 25 de octubre de 2016** (FJ 10.º), el Alto Tribunal «recapitula» los argumentos denegatorios de la Administración de la Seguridad Social para reconocer el acceso a las prestaciones por maternidad, en los supuestos de maternidad subrogada, en la forma siguiente:

- El artículo 133 bis de la **Ley General de la Seguridad Social** (en la actualidad, **art. 177 TRLGSS**) establece como situaciones protegidas por maternidad la propia maternidad natural, la adopción y el acogimiento, tanto preadoptivo, como permanente o simple, pero no la maternidad por subrogación.
- De haberlo querido, el legislador habría contemplado el supuesto y no lo ha hecho.
- La doctrina sentada por el **Tribunal Supremo (Sala 1.ª)** y la dimanante de las SSTJUE de 18 de marzo de 2014 conducen a esa misma denegación.
- El contrato de gestación es, en el ordenamiento español, plenamente nulo y fraudulento, sin que la inscripción registral de la filiación pueda crear efectos constitutivos para una situación nula de pleno Derecho.
- La prestación económica por maternidad tiene como finalidad proteger a la mujer trabajadora, siendo el interés del menor una consecuencia, pero no el principal bien protegido.
- La finalidad de la protección de la maternidad por parto no es equiparable con la de gestación por sustitución, porque la finalidad que se persigue con esta concreta protección es diferente: salud de la madre, antes y después del parto, además de la de su atención al nacido.

³⁸ Entre otras, por ejemplo, la STSJ de Asturias de 20 de septiembre de 2012 (rec. núm. 1064/2012).

³⁹ Como son los supuestos de trabajadores extranjeros en situación irregular en España que, no obstante, pueden tener acceso a las prestaciones por desempleo, o los supuestos de poligamia, en los que se ha posibilitado el acceso de las esposas del marido polígamo a pensiones de viudedad.

cobertura, ya que ese precepto se refiere a la maternidad, pero sin que la califique, de forma exclusiva, como «maternidad biológica»⁴⁰, de modo que cabe una interpretación, conforme a la cual, además de la maternidad con parto, también se protegería la maternidad por sustitución, que se integraría junto a las situaciones de adopción o acogimiento.

5.3. Sin embargo, otra línea seguida por los Tribunales Superiores de Justicia –si bien minoritaria– ha venido denegando, en las situaciones de maternidad subrogada, las prestaciones por maternidad, basándose en los criterios derivados de los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea antes señalados⁴¹.

IV. LOS CRITERIOS ESTABLECIDOS EN LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 25 DE OCTUBRE Y 16 DE NOVIEMBRE DE 2016⁴²

Para el Tribunal Supremo, tras un análisis de los antecedentes de sus propias sentencias y de los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del TEDH, así como de la normativa nacional e internacional aplicable al caso, la petición de los padres comitentes en los supuestos enjuiciados debe ser atendidas de modo que los mismos puedan tener acceso a las correspondientes prestaciones de maternidad, fundamentando su resolución en los motivos que se reflejan en los apartados siguientes⁴³.

⁴⁰ SSTSJ de *Cataluña de 23 de noviembre de 2012 (rec. núm. 6240/2011)* o de *Canarias/Las Palmas de 7 de julio de 2014 (rec. núm. 145/2014)*.

⁴¹ Entre otras las SSTSJ del *País Vasco de 13 de mayo de 2014 (rec. núm. 749/2014)* o *Andalucía/Sevilla de 4 de febrero de 2015 (rec. núm. 1317/2014)*. Sobre la primera de ellas, OLARTE ENCABO, S.: «La protección social por maternidad en supuestos de gestación subrogada: ¿la antesala de un cambio jurisprudencia? A propósito de la STSJ del País Vasco (Social) de 13 de mayo de 2014», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum, núm. 2, 2015.

⁴² La *STS de 25 de octubre de 2016* consta de dos votos particulares, el primero, formulado por una magistrada (que parte de que se hubiera debido inadmitir el recurso por falta de contradicción), y otro segundo, emitido por un magistrado, al que se adhiere otro (en el que, además de considerar la falta de contradicción, estiman, por las razones que en el propio voto se establecen, que en las situaciones de maternidad subrogada el ordenamiento jurídico español veda el acceso a las personas comitentes a las prestaciones por maternidad).

A su vez, la *STS de 16 de noviembre de 2016* consta de dos votos particulares. El primero, suscrito por un magistrado, al que se adhieren otros dos; el segundo, formulado por un magistrado, al que se adhieren otros tres magistrados. En ambos votos –y por diferentes razones– los magistrados discrepantes –al igual que en el voto particular segundo a la *STS de 25 de octubre de 2016*– estiman que no cabe, conforme a la legalidad actual española, el acceso a las prestaciones por maternidad en los supuestos de maternidad, mediando los contratos de gestación subrogada.

Por el contrario, en ambas sentencias la posición del Ministerio Fiscal fue la misma, es decir, considerar conforme a la legalidad el derecho de los progenitores por subrogación a las prestaciones que establece la legislación laboral y de Seguridad Social en las situaciones de maternidad.

⁴³ En la normativa a considerar, el Tribunal Supremo destaca los artículos 2 y 3 de la *Convención de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989*; el artículo 8 del *Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales*, de 4 de noviembre de 1950; los artículos 10.2 y 39 de la *Constitución Española*; los artículos 45 y 48 del ET, así como la legislación de Seguridad Social reguladora de las prestaciones por maternidad.

1. La nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución no puede suponer que al menor nacido se le prive de derechos

El Tribunal Supremo diferencia entre la nulidad el contrato de gestación, establecida en el ordenamiento jurídico español, y la situación en que se encuentra el menor nacido, cuyos derechos no pueden verse perjudicados por la mencionada nulidad⁴⁴.

2. El superior interés del menor, principio básico de aplicación en la solución de cualquier decisión que le afecte, así como la potenciación de los vínculos familiares

Para el Tribunal Supremo, el «interés superior del menor» (previsto en el art. 8 del [Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales](#)⁴⁵, y tenido en cuenta por el Tribunal Supremo, Sala 1.ª, en [Sentencia de 6 de febrero de 2014](#)) ha de llevar al juez a una aplicación del mismo *in extenso* (de resultar necesario, y también a la hora de interpretar las normas de Seguridad Social reguladoras de la protección por maternidad)⁴⁶, teniendo en cuenta, además, que la normativa interna⁴⁷ establece que todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado, de modo que, en la aplicación de dicha ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los tribunales, o los órganos legislativos, ha de primar el interés superior del mismo sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

A su vez, conforme a la interpretación del señalado artículo 8, donde exista una relación de familia con un niño, la obligación del Estado ha de orientarse no solo en permitir sino incluso potenciar que dicho vínculo se desarrolle, otorgando una protección jurídica que haga posible la integración

⁴⁴ A tal efecto, y como ya venían recogiendo algunos pronunciamientos de los Tribunales Superiores de Justicia, el Tribunal Supremo recuerda que en el ordenamiento socio-laboral español se prevén determinados efectos, incluso en negocios jurídicos afectados de nulidad (como son los supuestos de los derechos salariales –[art. 9.2 ET](#)–, en compensación a la prestación de servicios realizada por el trabajador, aunque el contrato fuese nulo; o el acceso a la pensión de viudedad, en casos de nulidad matrimonial –[art. 220.3 TRLGSS](#)–).

⁴⁵ En la interpretación dada por el TEDH, en las Sentencias de 26 de junio de 2014, [Mennesson](#) y [Labassee](#), antes señaladas.

⁴⁶ En los votos particulares de las dos sentencias que se comentan, los magistrados discrepantes entienden que, en el ordenamiento español, el interés superior del menor en los casos de la maternidad por subrogación no puede considerarse como factor determinante para que los padres comitentes pudieran acceder a las prestaciones por maternidad, puesto que ese interés –frente a lo que sucedía en la regulación francesa e italiana, en los casos enjuiciados por el TEDH, que prohíben en los casos de gestación por subrogación la adopción entre el menor nacido y los padres comitentes– está presente en la legislación española, ya que la interesada y su esposo podrían acceder a las prestaciones por maternidad por la vía de la adopción o el acogimiento.

⁴⁷ Apartado 1 del artículo 21 de la [Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero](#), de Protección Jurídica del Menor (en la redacción dada por la [Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio](#)).

del niño en su familia, aunque se trate de relaciones familiares *de facto*, entre el menor y los padres comitentes de un contrato de gestación subrogada.

3. La protección integral de la familia y de los hijos, y de no discriminación

Conforme a los pronunciamientos del Tribunal Supremo de no otorgarse la protección por maternidad en los casos de menor nacido tras un contrato de gestación por subrogación, se estaría produciendo una discriminación en el trato dispensado, por razón de su filiación, que estaría en contra de los artículos 14 y 39.2 de la [Constitución](#), que obligan a los poderes públicos a asegurar la protección integral de los hijos, iguales todos ante la ley, con independencia de su filiación, considerando, además, que las normas laborales y de Seguridad Social, reguladoras de la situaciones de maternidad, forman parte del desarrollo del mandato constitucional, en orden a la protección de la familia y de la infancia.

Aunque el Derecho español establezca la nulidad del contrato de maternidad por subrogación, sin embargo el TRLGSS reconoce la protección de la maternidad y paternidad, sin restricciones, por lo que corresponde al juez establecer una interpretación armónica de las disposiciones, con la finalidad de buscar la aplicación más coherente y que persiga una mayor protección del hecho familiar⁴⁸. De esta forma, aunque una Ley Civil establezca la nulidad del contrato de maternidad, para el Tribunal Supremo tal circunstancia no hace desaparecer la situación de necesidad originada por el nacimiento del menor y su inserción en un núcleo familiar, a la que deben dar respuesta las prestaciones de Seguridad Social, de modo que ese menor no sea vea privado de sus derechos.

4. La aplicación analógica de los supuestos de adopción o acogimiento, respecto del acceso a las prestaciones por maternidad⁴⁹

Para el Tribunal Supremo, la cobertura de los ordenamientos laboral y de Seguridad Social, en relación con la maternidad, no se dirige solo a los supuestos de maternidad biológica, ya que el periodo de descanso (y de prestación de la Seguridad Social), de 16 semanas, tiene una doble finalidad:

⁴⁸ En el apartado 2 D) del FJ 9.º, de la [STS de 25 de octubre de 2016](#), el Tribunal Supremo (con base en determinados pronunciamientos anteriores del Tribunal Constitucional que cita expresamente –SSTC 233/1999, de 16 de diciembre; 150/1990, de 4 de octubre; 222/2006, de 6 de julio–) reitera que «cada norma singular no constituye un elemento aislado e incomunicado en el mundo del Derecho, sino que se integra en un ordenamiento jurídico determinado, en cuyo seno, y conforme a los principios generales que lo informan y sustentan, deben resolverse las antinomias y vacíos normativos, reales o aparentes, que de su articulado resulten».

⁴⁹ La aplicación analógica a los casos de maternidad subrogada de la regulación dada por el ordenamiento de la Seguridad Social en los supuestos de adopción o acogimiento es criticada de forma vehemente en el primer voto particular de la [STS de 16 de noviembre de 2016](#), teniendo en cuenta que, con carácter general, la aplicación analógica se ha excluido en materia de Seguridad Social, pues el principio de legalidad no permite otra interpretación que la literal, sin perjuicio de situaciones excepcionales.

mientras que, por una parte, se dirige a la recuperación, seguridad y salud de la madre, también tiene como objetivo básico la protección de las especiales relaciones entre la madre y su hijo durante el periodo posterior al nacimiento del menor. Pero, incluso, en los supuestos de adopción o acogimiento familiar, aunque no haya que proteger la salud de la madre, sin embargo también se reconoce el mismo periodo de 16 semanas, en orden a permitir el desarrollo de las especiales relaciones entre la madre (padre) y su hijo durante el periodo posterior al nacimiento del menor.

Pues bien, esas relaciones entre los nuevos familiares y el menor se producen también en los supuestos de nacimiento por maternidad subrogada, por lo que, para el Tribunal Supremo, estas situaciones han de ser debidamente protegidas, en la misma forma que lo son los supuestos de adopción y acogimiento, considerando, también, que la propia normativa de la Seguridad Social⁵⁰ considera jurídicamente equiparables a la adopción o al acogimiento las instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción o el acogimiento, asimilación que puede predicarse en las situaciones de maternidad subrogada.

Para el Tribunal Supremo⁵¹, el contenido de la disposición reglamentaria de la Seguridad Social, respecto de los supuestos y situaciones protegidas por las prestaciones por maternidad, permite cierta flexibilidad interpretativa, que, antes de su vigencia, no existía, por lo que la posición de los progenitores en los casos de maternidad subrogada es similar a la que, también como progenitores, ocupan las personas que se hallan en las situaciones de adopción o acogimiento, considerando, además, que «pugna con la lógica más primaria que se deniegue la prestación en los supuestos de gestación por sustitución cuando se reconocería *ex lege* si el solicitante se hubiera limitado a adoptar o a acoger a un menor, o a manifestar que lo ha engendrado junto con la madre»⁵².

⁵⁰ Artículo 2.2 del [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.

⁵¹ Apartado 2 B) del FJ 9.º de la [STS de 25 de octubre de 2016](#).

⁵² Para el voto particular de la [STS de 16 de noviembre de 2016](#), la solución adoptada por la mayoría es «opuesta a la deseable armonía del Derecho ya que una situación que el legislador –y la sociedad– considera benéfica y digna de protección (maternidad; adopción; acogimiento) es interpretada de manera forzada para dar cabida en ella a otra situación que para el legislador –e incluso para gran parte de la sociedad– merece reproche jurídico o moral».