



universidad
de león



**GRADO EN RELACIONES LABORALES
Y RECURSOS HUMANOS
FACULTAD DE CIENCIAS DEL TRABAJO
UNIVERSIDAD DE LEÓN
CURSO 2018/2019**

**ANÁLISIS LEGISLATIVO DE LA
GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN-
LEGAL ANALYSIS OF
GESTATIONAL SURROGACY**

Realizado por el Alumno D^a. Tania Domínguez Cid.

Tutorizado por el profesor D. Rodrigo Tascón López.

ÍNDICE

• RESUMEN/ ABSTRACT/ PALABRAS CLAVE/ KEYWORDS/ METODOLOGÍA.....	2-3
I. INTRODUCCIÓN.....	4
II. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA.....	5
1. CONCEPTO.....	5
2. CAUSAS.....	5
3. MODALIDADES.....	6
3.1. Gestación por sustitución tradicional.....	6
3.2. Gestación por sustitución gestacional.....	6
4. FECUNDACIÓN.....	7
4.1. Fecundación homóloga.....	7
4.2. Fecundación heteróloga.....	7
III. REGULACIÓN NORMATIVA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.....	8
1. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978.....	8
2. CÓDIGO CIVIL.....	8
3. CÓDIGO PENAL.....	9
4. LEY ORGÁNICA SOBRE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA (LTRHA).....	9
5. DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN.....	10
5.1. Pronunciamientos en la jurisprudencia.....	12
IV. PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL POR MATERNIDAD Y POR PATERNIDAD.....	14
1. DERECHO COMPARADO.....	14
2. PRESTACIÓN POR NACIMIENTO Y CUIDADO DEL MENOR.....	19
2.1. Evolución legislativa.....	19
2.2. Prestación por nacimiento y cuidado del menor.....	30
2.3. Prestación por nacimiento y cuidado del menor en los casos de gestación por sustitución.....	36
V. CONCLUSIONES.....	40
VI. BIBLIOGRAFÍA.....	43



RESUMEN

La gestación por sustitución, como técnica de reproducción asistida, ha sido objeto de cuantiosos estudios, pero en la actualidad siguen persistiendo incógnitas de cómo puede ser encuadrada en nuestro Ordenamiento Jurídico, siendo ésta una técnica muy demandada por aquellas parejas que no gozan de la posibilidad de tener hijos biológicos.

El presente trabajo tiene por objeto analizar las causas que motivan el acceso a la gestación por sustitución y las modalidades existentes que permiten esta técnica.

Se analiza la actual normativa en nuestro Ordenamiento Jurídico y se plantea la comparativa con otros países.

Concluyendo, con la nueva entrada en vigor de la prestación por nacimiento y cuidado del menor en materia de Seguridad Social, la evolución que ha sufrido a lo largo de los años y las distintas posiciones que se ahondan en ella.

ABSTRACT

Gestational Surrogacy, as an assisted reproduction technique, has been the subject of extensive studies, but at present there are still uncertainties about how it can be framed in our legal system, as it is a technique so demanded for couples who do not have the possibility to have biological children.

The purpose of this work is to analyze the causes that motivate access to gestational surrogacy and the different modalities that allow this technique.

It is analyzed the current regulations in our legal system and the comparative with other countries.

Concluding, with the new entry into force of the child's birth and care benefit in matters of Social Security, the evolution that has suffered over the years and the different positions that deepen it.

PALABRAS CLAVE

Gestación por sustitución, maternidad subrogada, filiación, Seguridad Social, prestación por nacimiento y cuidado del menor.

KEYWORDS

Gestational Surrogacy, filiation, Security Social, child's birth and benefit care.

OBJETO

El objeto del Trabajo Fin de Grado es profundizar en el análisis sobre la Gestación subrogada desde el punto de vista legislativo, en especial, la problemática que existe en la normativa española con la respectiva equiparación con otros países; además de dar un recorrido a lo largo de la historia en materia de Seguridad Social relativo a la prestación en la que se encuentra incluido el tema principal, así como los distintos pronunciamientos de los tribunales.

METODOLOGÍA

Para el desarrollo de la investigación se ha realizado una búsqueda bibliográfica de diversas fuentes electrónicas, revistas, libros y artículos.

La búsqueda se ha centrado en su gran mayoría en las bases de datos de la Biblioteca de la Universidad de León, jurisprudencia del Poder Judicial, diarios oficiales del Boletín Oficial del Estado, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social donde se ha obtenido información sobre la regulación, gestión y jurisprudencia aplicable en cada caso.

Asimismo, se ha recopilado información en páginas web relacionadas con el tema que se plantea, para ampliar conocimientos y comprender mejor el entorno del estudio.



I. INTRODUCCIÓN

Los progresivos avances médicos y científicos han permitido una evolución en el contexto tradicional de familia, que ha supuesto que hoy en día ya no exista un único modelo de familia, sino la transformación del mismo en una gama variada de posibilidades: familias heterosexuales, homosexuales, monoparentales, parejas de hecho, etc...

Existen diversas técnicas de reproducción asistida a las que han recurrido muchas personas para poder fundar una familia, ya sea por la imposibilidad física de poder gestar o por la decisión propia de recurrir a estas técnicas, pero una de las más demandadas por la sociedad en las últimas décadas ha sido la denominada “maternidad subrogada”, “gestación subrogada” o “gestación por sustitución”, también conocida socialmente como “vientre de alquiler”, irrumpiendo completamente en el estereotipo clásico “*mater semper certa est*” (adagio latino por el que se relaciona la maternidad con la mujer que da a luz) . Aunque, hay quienes rechazan el concepto de “maternidad subrogada” ya que manifiestan que al emplear esta técnica, no se subroga o sustituye la maternidad, sino que es la acción de gestar.

Este novedoso método se establece a través de un contrato en el cual por una parte se encuentra la gestante o madre de alquiler que gesta al bebé y da a luz renunciando a todos los derechos sobre el mismo, y por el otro los comitentes o subrogantes que serán los padres legales.

A nivel jurídico, es un tema que ocasiona una serie de problemas y debates, no sólo a nivel nacional sino también a nivel internacional. En el Ordenamiento Jurídico Español, la gestación por sustitución está prohibida, declarándose nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, recogido en el art. 10 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA).

Para eludir esta prohibitiva, los comitentes acuden a aquellos países en los que se encuentra legalizado o en los que se admite este tipo de contratos, como por ejemplo algunos Estados de los Estados Unidos o países de Europa. La disyuntiva se encuentra cuando esas familias retornan a España, que por un lado se encuentra la prohibición de esta práctica pero por otro lado se permite la inscripción del menor en el Registro Civil con base en la pronunciación de la Dirección General de los Registros y del Notariado con la Resolución de 18 de Febrero de 2009 y la posterior Instrucción de 5 de octubre de 2010, siempre y cuando la inscripción no resulte contraria al orden público español.

En material social, también se encuentran dilemas respecto a la posibilidad de suspender el contrato de trabajo y obtener la aprobación de la respectiva prestación inmersa en la Ley General de Seguridad Social.

En definitiva, para llegar al punto álgido de la materia en cuestión, inicialmente es necesario hacer un análisis conceptual de la misma, para posteriormente entrar de lleno en la regulación normativa del Estado Español así como una comparativa con las distintas posturas legales adoptadas en otros países.



II. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA

1. CONCEPTO

Antes de proceder al desarrollo propio de la Gestación por sustitución o Gestación Subrogada es necesario definirla y entender el concepto de la misma.

En la doctrina existen diversas definiciones por las variantes que ha sufrido la técnica planteada, y sobre todo con la evolución de la posibilidad de que los comitentes sean parejas homosexuales o familia monoparental.

Por lo tanto, podría definirse como aquel proceso que consiste en que una familia, ya sea heterosexual, homosexual o monoparental (denominada “comitente”), con incapacidad física o funcional para poder gestar, busca la ayuda de una mujer (llamada “madre gestante”), la cual acepta someterse a alguna de las técnicas de reproducción asistida y gestar al hijo, ya sea de forma altruista o recibiendo compensación económica por los gastos ocasionados y estipulada por la ley (dependiendo el país en el que se gestione dicho contrato); comprometiéndose a entregar el/ la/s niño/a/s una vez se haya producido el alumbramiento, renunciando a cualquier vínculo de filiación con el nacido, determinándose la filiación a favor de los padres de intención o sujetos comitentes.

Por otra parte, el concepto jurídico que nos ofrece la Real Academia Española manifiesta que la gestación por sustitución es *“el embarazo mediando un contrato en virtud del cual la madre gestante renuncia a la declaración de maternidad del hijo en favor del reconocimiento de la filiación biológica de otras personas (padres comitentes o intencionales)”*.

En nuestro ordenamiento jurídico se prohíbe expresamente esta actuación según recoge el art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA), que posteriormente se procederá a su análisis.

El problema radica cuando ciudadanos españoles, una vez que se afincan en territorio español, o incluso antes de la llegada del bebé a España, solicitan la inscripción de este último en el Registro Civil como hijo y reconocimiento de la nacionalidad española para que pueda poseer la identidad de la que es reconocida en el país nacido.

2. CAUSAS

El acceso a esta práctica puede deberse a diversas circunstancias.

Uno de los supuestos que genera que parejas o personas solteras recurran a la maternidad subrogada es la infertilidad. Inicialmente es necesario hacer una diferencia entre infertilidad y esterilidad; por una parte se encuentra la esterilidad que es la incapacidad de un individuo o pareja para concebir, mientras que la infertilidad según la Organización Mundial de la Salud (OMS) la define como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas. Esta situación conlleva una gran cantidad de efectos tanto en la salud física como mental,

emocional, psicológica, social y hasta religiosa en las parejas que la sufren.¹ Aunque también es necesario apuntar que actualmente el acceso a la maternidad o paternidad cada vez es más tardía, una de las posibles causas es la limitación en la dificultad de la conciliación familiar con el desarrollo profesional de la mujer atendiendo a la dedicación y éxito en el puesto de trabajo

Ante esta incapacidad, ya sea por motivos personales, profesionales, biológicos, etc... para procrear de forma natural, existe la vía de acceder a la fecundación in vitro. Y cuando no es posible el embarazo ni por la vía natural ni por el proceso de la fecundación in vitro, la única alternativa que existe es el acceso a la maternidad subrogada.

Por ello, esta última situación, hace que si se permitiera la legalización en España de la maternidad subrogada incluyéndola como alternativa de reproducción asistida, se produciría la tesitura de que la adopción pasaría a un segundo plano, puesto que la mayoría de las personas o parejas decidirían optar por las ventajas que daría el acceso a este método, que serían tanto el ser padres desde el nacimiento del hijo/os como por el vínculo genético que conllevaría.

3. MODALIDADES

Analizado el concepto de esta práctica con las causas que conlleva a ello, se detallarán las distintas modalidades de gestación por sustitución.

3.1. Gestación por sustitución tradicional: En esta modalidad, la mujer gestante aporta tanto la gestación como su material genético, es decir, su útero y sus óvulos.

El material genético masculino puede provenir del comitente (casado o en pareja con una mujer u otro hombre, o ser un hombre solo); o de un donante en cuyo caso los padres de intención no aportan material genético en la gestación.

3.2. Gestación por sustitución gestacional: Esta modalidad se caracteriza porque la mujer gestante sólo aporta la gestación, es decir, únicamente aporta su útero para la gestación. El material genético (óvulos y espermatozoides) son aportados por los padres de intención o por algún donante.²

¹ VILLALOBOS CASTRO, ALEJANDRO. *Infertilidad: Consideraciones Generales*. (Consulta: 24/04/2019) <http://infertilidadcr.com/publicaciones/infertilidad-publi.html>.

² DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, MARÍA SOLEDAD. “La maternidad subrogada en España: ¿Coherencia entre la Jurisprudencia civil y laboral?: Reflexiones a propósito de la STS de 25 de Octubre de 2016. Sala de lo Social”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, núm. 16, 2017, pág. 6.

Se puede constatar que existen diversas variantes en relación a la combinación de las modalidades de gestación por sustitución que se vaya a elegir.

Por un lado, se encuentra el supuesto en el que la pareja sea heterosexual, que debido a una incapacidad reproductiva de la mujer, se recurre a esta práctica. Lo habitual es que el hombre aporte el material genético, y en algunos casos lo aporta la mujer también; por lo que en esta situación, la madre gestante sólo aporta la gestación. Pero, se puede dar el caso en el que el padre comitente sea el único que aporte material genético, por lo que los gametos serán aportados por la madre gestante o por algún donante.

En segundo lugar, se encuentra el supuesto de la pareja homosexual, normalmente varones. En este caso, uno de los varones será el que aporte el esperma y la madre gestante o un donante aportará el óvulo para proceder a la fecundación. Puede darse la coyuntura de que la pareja sea de sexo femenino, pero en el caso de que una de ellas pueda gestar el embrión, lo deducible sería que accediera prioritariamente a la técnica de *fecundación in vitro* (FIV) antes que la gestación por sustitución.

Y, el tercer supuesto es el caso de pareja monoparental, en el que el hombre aporta el esperma. Es infrecuente que una mujer recurra individualmente a este tipo de práctica, a no ser que pudiera aportar el gameto femenino y un donante aportara el esperma³, por ejemplo, en aras a priorizar su desempeño profesional.

4. FECUNDACIÓN

A partir de las distintas combinaciones de las modalidades de la gestación por sustitución, se hace necesario declamar la elección de la fecundación, que puede ser:

4.1. Fecundación homóloga: Los componentes genéticos pertenecen a los cónyuges o a la pareja. En este proceso, la madre subrogada únicamente gestará en su útero el embrión que habrá sido transferido tras una fecundación *in vitro*, bien por impedimentos físicos o no existiendo impedimentos físico o fisiológico acuerdan realizar este tipo de práctica en el extranjero, ante el deseo de ser padres.

4.2. Fecundación heteróloga: Se produce cuando la madre gestante aporta su útero siendo proporcionado el material genético por ella misma o por un donante. El material genético aportado por el varón podrá provenir del padre de intención o de un donante anónimo.⁴

³ LLORENS ESPADA, JULEN. “Nuevos retos de las prestaciones de la Seguridad Social por maternidad y paternidad”, *LAN HARREMANAK*, Vol. II, núm. 2017, pág. 139.

⁴ DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, MARÍA SOLEDAD. “La maternidad subrogada en España: ¿Coherencia entre la Jurisprudencia civil y laboral?: Reflexiones a propósito de la STS de 25 de octubre de 2016. Sala de lo Social.”, Cit. págs. 6 y 7.



III. REGULACIÓN NORMATIVA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

1. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

España es uno de los países en el que se prohíbe expresamente los procesos de maternidad subrogada, ya que perdura la idea de explotación a la mujer.

La Constitución Española (CE, 1978) establece en su art. 10.1: *“La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.”*

En este punto, tanto la dignidad de la madre gestante como la del hijo se emplean para dar negatividad a la gestación subrogada.

Tal contrato, en su conjunto supondría una vulneración de los derechos fundamentales dictados en tal artículo como en el art. 15 CE, que constituye el derecho a la integridad moral.

También es necesario hacer referencia al art. 39 CE, el cual refleja: *“que los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia, así como la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil”*, ya que entra en conflicto respecto a la renuncia de la madre gestante en relación a sus derechos sobre el recién nacido.

2. CÓDIGO CIVIL (Real Decreto de 24 de Julio de 1889)

El contrato de gestación por subrogación es el componente principal que tiene por objeto dar efectividad al acuerdo de voluntades realizado por las partes que intervienen en esta práctica de reproducción.

Tal y como establece el art. 1275 CC: *“Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral”*, este contrato es considerado nulo tanto por su ilicitud en la causa como en el objeto.

En relación al art. 1271 CC: *“Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras”*, la gestación, parto y entrega de un niño no puede ser objeto de comercio; y si se llega a determinar conductas que afectan a la esfera personalísima del ser humano directamente habría que considerarlo un contrato nulo de pleno derecho.

El art. 1445 CC dispone: *“Por el contrato de compra y venta uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente”*, cabría considerar que es un contrato



de compraventa de niños ya que uno de los contratantes se obliga a entregar el niño tras el parto y el otro a pagar por ello un precio estipulado. Además, se puede relacionar también con el art. 1544 CC que dicta: “*En el arrendamiento de obras o servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto*”, lo que también podría ser considerado un contrato de obra o servicio.⁵

3. CÓDIGO PENAL (LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE)

En relación al Código Penal (CP), a pesar de que no se contemple la gestación por sustitución como delito, el desarrollo de la misma puede dar lugar una serie de sanciones sí tipificadas.

El art. 220 CP dispone:

- 1) “*La suposición de un parto (se daría en el caso de que los comitentes se atribuyan el hijo de la gestante), será castigada con las penas de prisión de seis meses a dos años.*”
- 2) *La misma pena se impondrá al que ocultare o entregare (si la gestante lo entrega a los comitentes) para alterar o modificar su filiación.*”⁶

En virtud a lo dispuesto en el art. 221 del tal precepto legal, constituye también un delito:

- 1) “*Los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a diez años.*”

4. LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, SOBRE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA (LTRHA)

El art. 10 LTRHA, el cual regula la gestación por sustitución, declara lo siguiente:

- 1) “*Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.*”
- 2) *La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.*
- 3) *Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.*”

⁵ REGALADO TORRES, MARÍA DESIRÉE. “Efectos, consecuencias y regulación de la maternidad subrogada”, *FEMERIS*, Vol. 2, núm. 2, 2017, pág. 20.

⁶ ÁVILA HERNÁNDEZ, CARLOS JAVIER. “La maternidad subrogada en el Derecho comparado”, *Cadernos de Dereito Actual*, núm. 6, 2017, pág. 318.

Es necesario destacar que en nuestro ordenamiento jurídico la gestación por sustitución está prohibida, a pesar de que dicha ley no lo contemple literalmente.

Bien es cierto que aunque la ley sanciona los contratos de gestación por sustitución con la propia nulidad, no se puede evitar que se ejecuten los mismos, por lo tanto se llega a que los más perjudicados son los bebés nacidos a través de estas prácticas.

Otra conclusión a la que se llega es que los derechos y deberes que fueran acordados en tal contrato no producen efecto, por lo tanto, la gestante no está obligada a entregar al niño nacido de su vientre, y no podrá llevarse a cabo su cumplimiento mediante vía judicial.⁷

5. DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN (INSTRUCCIÓN 5 DE OCTUBRE 2010 DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO)

Hasta 2010, los padres de intención debían luchar por conseguir la paternidad de sus hijos nacidos en algún país extranjero mediante esta técnica, pero en Octubre de 2010, la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) dictaminó una instrucción sobre el régimen de filiación de los nacidos mediante gestación subrogada.

En lo que respecta a dicha instrucción para realizar tal filiación se deberá de seguir una serie de requisitos:

-Para garantizar la plena protección del menor se deberá presentar, junto a la solicitud de inscripción, la resolución judicial dictada por el Tribunal competente en la que se determine tal filiación.

En el caso de que resultara aplicable un Convenio internacional, la resolución extranjera deberá ser objeto de “exequátur”. Para proceder a la inscripción deberá de presentarse ante el Registro Civil español, la solicitud de la inscripción y el auto judicial que ponga fin a dicho procedimiento exequatur. Es decir, que el Registro Civil español comprobará si la sentencia emanada del tribunal extranjero reúne los requisitos que permitan el reconocimiento y posterior homologación en nuestro país.

En los casos en los que la relación de filiación no hubiera sido constituida por una resolución judicial previa, no podrá producirse ni por certificación registral ni por declaración alguna acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste identidad de la mujer gestante.⁸

-Que la resolución es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera, que

⁷ ÁVILA HERNÁNDEZ, CARLOS JAVIER. “La maternidad subrogada en el Derecho comparado.”, Cit. pág. 318.

⁸ REGALADO TORRES, MARÍA DESIRÉE. “Efectos, consecuencias y regulación de la maternidad subrogada”, Cit., pág. 31.

éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercido.

-Verificación de que la renuncia de la mujer gestante se ha obtenido de forma libre y voluntaria sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente.

-Comprobación de la no vulneración del interés superior del menor.⁹

Sin embargo, existen países en los que no cuentan con legislación que regule la materia, o por el contrario, cuentan con la misma, pero ningún órgano jurisdiccional del propio país emite resolución alguna determinando dicha filiación a favor de los padres de intención, la única vía que se establece para solucionar la situación es la de acceder al art. 10.3 LTRHA, el cual cuenta con el ejercicio de la reclamación de paternidad por el progenitor, en el caso de que haya aportado algún material genético.

Con el debido documento de la renuncia de la gestante a la maternidad, la madre comitente podrá presentar ante el Juzgado la correspondiente demanda de adopción del hijo del cónyuge. La madre comitente nunca podrá ser madre legal del recién nacido, aun cuando hubiera aportado material genético para la fecundación, ya que tal y como se basa el art. 10.2 LTRHA “*la filiación materna de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto*”, es decir, se le atribuye la condición de madre a la mujer que da a luz sin tomar en cuenta el material genético aportado, y la filiación materna se basará en la gestación y en el parto.

En el caso de que ninguno de los comitentes haya aportado material genético, normalmente se recurre a la adopción en conjunto, necesariamente previo consentimiento de la madre (y de su marido o pareja, en el caso de que la tuviera) y decisión voluntaria de la entrega del niño.

Aunque a modo de conclusión, puedan existir diversas maneras de filiación en nuestro país, todavía se trata de un tema complejo en el que siguen surgiendo numerosos problemas a la hora de realizar esta práctica. A pesar de ello, la DGRN el 11 de julio de 2014 emitió una circular persistiendo la vigencia de la Instrucción de 5 de Octubre de 2010.

⁹ DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, MARÍA SOLEDAD. “La maternidad subrogada en España: ¿Coherencia entre la Jurisprudencia civil y laboral?: Reflexiones a propósito de la STS de 25 de Octubre de 2016. Sala de lo Social.”, Cit., pág.19.

5.1. Pronunciamientos en la jurisprudencia

El caso más conocido en nuestro estado español que ha causado controversia y ha suscitado diversas posturas, y el cual propició las únicas sentencias sobre la materia en el Tribunal Supremo, tiene su origen en la solicitud de la inscripción de nacimiento en el Registro Civil consular de Los Ángeles, de dos hijos nacidos mediante gestación por subrogación, por parte de dos varones españoles casados entre sí, presentando los mismos los certificados de nacimiento expedidos por la autoridad registral de California.¹⁰

El nacimiento tuvo lugar en el estado de California el 24 de octubre de 2008, la técnica reproductiva utilizada fue la gestación por sustitución gestacional, en la cual el material genético lo aportó tanto una donante anónima de óvulos como los dos varones, pero en este último caso no se estableció legalmente quién de los dos varones fuera el padre biológico de los hijos, por deseo expreso de ambos.¹¹

El encargado del Registro Civil consular deniega la inscripción de los certificados utilizando como argumento el art. 10 LTRHA.

Ante dicha negativa, los solicitantes interpusieron recurso ante la DGRN que por medio de la resolución de 18 de febrero de 2009 estima el mismo, y solicita la anulación de la decisión del encargado del Registro Civil consular de Los Ángeles, aceptando la inscripción del certificado y el nacimiento de los menores en el Registro Civil Español.

Sin embargo, el Ministerio Fiscal presentó demanda impugnando judicialmente esta resolución utilizando el mismo razonamiento del art. 10 LTRHA. Tal demanda fue estimada por sentencia del juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010 (proc. 188/2010), la cual dejó sin efectos la inscripción solicitada.

A partir de este momento, es cuando la DGRN decide dictar la Instrucción 5 de Octubre de 2010; pero la mencionada Instrucción no puede solucionar el caso analizado y los afectados deciden agotar todas las instancias judiciales, acudiendo a la Audiencia Provincial la cual también desestimó el recurso.¹²

Contra esta última, se interpone recurso de casación ante el Tribunal Supremo¹³, basándose en el art. 14 CE consideran vulnerados el principio de igualdad, que privar de la filiación a los menores vulnera el principio el interés del menor dejándolos

¹⁰ JIMÉNEZ NÚÑEZ, FRANCISCO JAVIER. “Denegación de la Inscripción de la filiación determinada por la celebración de un contrato de gestación por sustitución. Comentario a la STS 835/2013 de 6 de febrero de 2014 (RJ 2014, 736)”, *Revista Boliviana De derecho*, núm. 18, 2014, pág. 402.

¹¹ DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, MARÍA SOLEDAD. “La maternidad subrogada en España: ¿Coherencia entre la Jurisprudencia civil y laboral?: Reflexiones a propósito de la STS de 25 de Octubre de 2016. Sala de lo Social.”, *Cit.*, pág.13

¹² MORENO PUEYO, MANUEL JOSÉ. “Maternidad subrogada y prestación de maternidad”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Economía y Sociología*, núm. 116, 2015, pág. 23.

¹³ STS 6 de Febrero de 2014 (JUR 2014/41333).



desprotegidos, y que el reconocimiento de la misma determinada en la certificación registral de California no contradice el orden público internacional español.

Pero el TS desestima el recurso alegando que las normas aplicables a la gestación por sustitución, integrando en ellas el art. 10 LTRHA constituyen el orden público internacional español, es decir, vulnerando la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, “cosificando” a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocios con ellos; y que la alegación sobre la vulneración del interés del menor no puede ser considerada como base para cualquier vulneración de otros bienes jurídicos.

Pero bien es cierto, que el TS brinda a los perjudicados a que aunque no sea posible una solución por esa vía, existe la vía del art. 10.3 LTRHA, permitiendo la reclamación de la paternidad del padre biológico, o figuras jurídicas como el acogimiento o la adopción.



IV. PRESTACIÓN POR NACIMIENTO Y CUIDADO DEL MENOR EN LA SEGURIDAD SOCIAL

1. DERECHO COMPARADO

Una vez contemplada la situación en la que se encuentra el marco normativo español, es necesario hacer alusión a las distintas posturas legales que tienen algunos países con el objetivo de analizar cómo se encuentra la materia en la actualidad.

La postura del Derecho no muestra con precisión una solución única, existiendo Estados en los que se carece de legislación para dicha técnica, otros Estados en los que se autoriza la gestación por sustitución siempre y cuando sea altruista, y otros países en los que se admite plenamente la realización de la misma.

Por ello, y según lo previsto anteriormente, las distintas posturas otorgadas por los países se pueden clasificar en 3 grandes grupos según los criterios propuestos por E. LAMM¹⁴:

➤ Países en los que la gestación por sustitución es ilegal:

Al igual que en el Estado Español, existen otros países que prohíben expresamente la maternidad subrogada y la nulidad de los acuerdos de la misma.

Tal es el caso de Francia, Alemania, Suiza, Italia, entre otros. Como se puede observar, estos acuerdos se encuentran sobre todo en territorios de Europa continental.

En algunos países no sólo se otorga la nulidad de los acuerdos relacionados con esta técnica de reproducción asistida, y no sólo se plantea la nulidad en materia civil, sino que además también se manifiesta la penalización de las conductas relacionadas con la misma.

➤ Países en los que la gestación por sustitución es admitida, siempre que sea altruista y bajo ciertos requisitos y condiciones:

Tal es el caso de Reino Unido, Canadá, Grecia, Brasil, Israel, México DF, Australia, Nueva Zelanda, entre otros. Este grupo a su vez se puede dividir en dos grupos:

- Algunos estados como Israel o Grecia, optan por un proceso de previa aprobación de los acuerdos de gestación por sustitución, es decir, los comitentes y la mujer gestante deben presentar un acuerdo ante un organismo, ya sea ante un Juez, Tribunal o Comité, para que lo apruebe antes de proceder con el tratamiento médico, además de que también deberán de verificar el cumplimiento de las condiciones previstas en la legislación.

¹⁴ LAMM, ELEONORA. “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2012, págs.11-17. http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf



- El segundo grupo, en que se encuentra incluido el Reino Unido, entre otros, establecen un procedimiento para que los comitentes obtengan la paternidad legal del nacido como resultado de un acuerdo de gestación por sustitución después de que la mujer gestante haya dado a luz, por lo que el cambio de filiación se realizará a posteriori.

En el caso del Reino Unido, sanciona penalmente la publicidad y la gestión comercial para la realización de acuerdos de maternidad subrogada.¹⁵ Se admite dicha gestación siempre y cuando sea justificada por motivos médicos y no implique efectuar un contrato entre las partes. Por lo tanto, el servicio de la gestación debe ser a título gratuito, sin intermediarios, aceptando el pago de los gastos que deriven de la gestación a la mujer gestante.

En relación a la filiación se determina en favor a la mujer gestante, independientemente de que la que lo lleva a cabo sea o no la mujer que aporta el material genético. Sólo se realizará la transferencia de la filiación a los padres intencionales si éstos lo solicitan ante los tribunales, pasado un período de reflexión de 6 semanas que se le cede a la mujer gestante para otorgar su consentimiento. Bien es cierto, que en todos los casos, hallándose casada o no la gestante siempre es la madre, por lo que para transferir la filiación los padres comitentes cuentan con un plazo de 6 meses para solicitar la afiliación cumpliendo una serie de requisitos: los comitentes deben estar casados (sea por unión civil o por convivencia incluyendo las parejas homosexuales) y al menos uno de los padres intencionales en el momento de la solicitud de la filiación debe estar domiciliado en el Reino Unido; los jueces británicos pueden transferir la misma mediante la denominada “*parental order*” (*orden parental*), además se permite a la gestante cambiar de opinión antes y durante un período después de dar a luz.

En virtud a este último trámite, se produce la existencia de dos actas o certificados de nacimiento: en el primero, la madre que da a luz es la que consta como tal y tiene un plazo para retractarse; en el caso de que diera su consentimiento se establece una nueva acta de nacimiento a favor de los padres intencionales. Y el segundo sistema ofrece más protección a la gestante, por ejemplo no pone en peligro su derecho a adoptar decisiones autónomas con respecto a su embarazo.¹⁶

¹⁵ ÁVILA HERNÁNDEZ, CARLOS JAVIER. “La maternidad subrogada en el Derecho comparado”, Cit. pág. 330.

¹⁶ LAMM, ELEONORA. “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho.”, Cit., pág. 16.



Bien es cierto, que en cuanto a la práctica de la modalidad de la gestación por sustitución altruista en el Reino Unido, ni los propios residentes ni los extranjeros deciden optar por realizarla en este país porque no están dispuestos a comprometerse a esperar 12 meses hasta que nazca el bebé, para luego ver que existe la posibilidad de que la gestante pueda quedarse con el niño, disponiendo esta última de un periodo de 9 meses adicionales para decidirlo.¹⁷

➤ Países en los que la gestación por sustitución es legal o admisión amplia:

Dentro de este grupo se pueden incluir algunos Estados de los Estados Unidos, Ucrania, India, Rusia, Armenia, entre otros.

En el caso de la legislación sobre la gestación por sustitución en Ucrania es una de las más liberales de la zona europea. En relación a la pareja comitente, la madre debe hallarse incapaz de concebir, o de llevar un embarazo o de dar a luz de forma natural además de estar casada; es necesario hacer referencia que las parejas homosexuales no tienen cabida en el acceso a esta práctica, tal y como establece la Ley núm.3760-VI, la cual entró en vigor el 14 de octubre de 2011. Además, para que los padres comitentes sean registrados como padres legales, deben presentar ante el registro un certificado que determine que el material genético utilizado pertenece al menos a uno de ellos, dado que la legislación ucraniana opta por requisito legal para el reconocimiento y el registro que exista un vínculo genético entre por lo menos uno de los integrantes de la pareja comitente y el niño.¹⁸

En cuanto a la madre gestante, los requisitos que ha de atender es que sea adulta, competente, haber tenido un hijo propio y sano, sin contraindicaciones médicas; además de otorgar el consentimiento.

Asimismo, en la determinación de la filiación, en art. 123.2 del Código de Familia establece que “si un embrión concebido por los cónyuges (hombre y mujer) como resultado de la aplicación de técnicas de reproducción asistida, es transferido dentro del cuerpo de otra mujer, los padres del niño serán los cónyuges comitentes”. Con el consentimiento de la gestante en el certificado de nacimiento constará directamente el nombre de los comitentes. En el art. 123.3 del mismo precepto legal, consagra a los comitentes la posibilidad de realizar la técnica de reproducción asistida con ovocitos donados, pero igualmente se considerará que el embrión procede de los comitentes.

¹⁷ SOSPEDRA FONTANA, ALEJANDRO. “La gestación Subrogada en España”. *Cuestiones de Interés Jurídico, IDIBE*, 2018, pág. 13. <http://idibe.org/wp-content/uploads/2018/07/CIJ-1.pdf>

¹⁸ LAMM, ELEONORA.” Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres”. *Colección de Bioética, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona*, 2013, pág. 176.



Por último, y uno de los casos más atractivos de analizar es el de Estados Unidos de América.

La legislación estatal americana en relación a la gestación por sustitución es muy dispar, encontrándose diferentes soluciones en cada estado del país. Estas diversas soluciones se encuentran comprendidas en una serie de categorías:

a. Estados cuya legislación regula la maternidad subrogada y aprobar normas con rango de ley, ya sea permitiéndola o prohibiéndola:

Dentro de este grupo se encuentran Estados en los que prohíben explícitamente la gestación por sustitución, y estados en los que la permiten

Entre los Estados en los que se prohíbe de manera expresa se encuentran Arizona, Columbia o Michigan. Este último por ejemplo considera delincuentes a las partes que constituyan un contrato de estas características; mientras que en Nueva York y Nebraska se encuentra prohibido siempre y cuando media compensación alguna.

Y algunos de los Estados en los que se permite son Texas y Utah pero exigiendo que el acuerdo de maternidad subrogada sea aprobado por una autoridad judicial siempre que se cumpla una serie de requisitos como por ejemplo que las parejas comitentes sean heterosexuales y se encuentren casadas, que la mujer gestante y su pareja (en el caso de que estuviera casada) deben renunciar a sus derechos parentales a través de un acuerdo por escrito con los comitentes, y debe ser aprobado por un juez.

Otro de los Estados que es interesante destacar es Illinois, ya que posee una de las legislaciones más permisivas en cuanto al asunto, la cual protege a parejas casadas, parejas no casadas y a las personas solas, además de permitir la gestación subrogada comercial en la que se admite pagar a la mujer gestante no sólo los gastos médicos y los relacionados con la propia gestación sino además aportarle una retribución razonable.

La legislación en este concreto caso encomienda a que la mujer gestante no podrá aportar material genético y por lo menos uno de los comitentes debe estar relacionado genéticamente con el hijo.

Bajo un acuerdo válido, los comitentes son los padres legales inmediatamente después del nacimiento, además se establece automáticamente sin intervención de los tribunales. Y antes del nacimiento son los abogados de ambas partes los encargados de verificar el cumplimiento de las disposiciones establecidas en la ley.

En el caso de que alguna de las partes incumpla alguno de los requisitos, los tribunales decidirán la custodia legal sobre la base de la intención de las partes.¹⁹

¹⁹ LAMM, ELEONORA.” Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientre”, Cit. págs. 187-188.



b. Estados en los que no existe regulación legal propia, pero los tribunales han dictado jurisprudencia aplicable:

Algunos de los Estados en los que no existe legislación como tal pero la jurisprudencia ha admitido la gestación por sustitución comercial son California, Carolina del Sur, Pensilvania, Massachusetts y Ohio.

En cuanto a la jurisprudencia californiana, a pesar de que no exista legislación reguladora, los Tribunales aprueban dar protección a los padres intencionales, aceptan a los padres comitentes como padres legales del nacido mediante gestación por sustitución, independientemente de que hayan aportado material genético o no.

Podrán efectuar esta práctica cualquier pareja indistintamente sea su orientación sexual o su orientación civil.

En relación a la afiliación en favor a los comitentes, es necesario que éstos insten el procedimiento judicial regulado por el Código de Familia de California, por lo que para que se extinga la filiación sobre la madre gestante (y su marido en el caso de que se encuentre casada) es necesaria una resolución judicial que determine la filiación en favor de la pareja comitente.

En cuanto a que los comitentes sean parejas homosexuales la resolución judicial puede ordenar que conste el nombre de los hombres en el certificado, uno en la casilla “padre” y otro en la casilla “madre”, o bien que conste el término neutro.²⁰

c. Estados en los que no existe ni ley ni jurisprudencia sobre dicha materia:

En este grupo se sitúan territorios como Idaho, Connecticut o Rhode Island. Bien es cierto que no existe una ley que dé cobertura en este ámbito, pero los tribunales suelen mostrarse favorables sobre este tipo de maternidad.

Y en cuanto a la determinación de la filiación quedará determinada según lo que establezcan las leyes de maternidad, paternidad y adopción.

²⁰ LAMM, ELEONORA. "Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres", Cit. pág. 191.



2. PRESTACIÓN POR NACIMIENTO Y CUIDADO DEL MENOR

Nuestro ordenamiento jurídico ha sufrido numerosas modificaciones y avances en lo que respecta a las prestaciones de la Seguridad Social, haciendo especial hincapié en materia de Protección Social de las situaciones de maternidad-paternidad, aunque actualmente la situación española sigue estando muy alejada de los países más avanzados de la Unión Europea.

En lo que respecta a la mujer, la incorporación de ésta al mundo laboral debe apreciarse como una gran transformación social a lo largo de la historia, modificando en gran medida el concepto tradicional de los roles y de la institución familiar, pudiendo así haber alcanzado un mayor nivel tanto de independencia personal como económica; lo que ha implicado también la participación de ambos sexos en la vida doméstica, donde en una época anterior era impensable.

Por lo cual, para poder tratar la situación actual sobre la prestación de maternidad y paternidad en el tema tratado de la gestación subrogada, es imprescindible realizar un breve recorrido a lo largo de la historia sobre la legislación española en tal contenido desde sus orígenes hasta la presente fecha.

2.1. Evolución legislativa

De acuerdo a nuestro marco regulatorio, para hallar la primera legislación donde se haga alusión a la maternidad hay que retroceder a la promulgación de la Ley de 13 de marzo de 1900 fijando las condiciones del trabajo de las mujeres y de los niños²¹. La regulación sobre los aspectos de la maternidad se especifica en su art. 9, se hace referencia tanto al período de descanso después del parto, a la reserva del puesto de trabajo como al período de lactancia:

“No se permitirá el trabajo a las mujeres durante un plazo de cuatro a seis semanas posteriores al alumbramiento. En ningún caso será dicho plazo inferior a cuatro semanas; será de cinco o de seis si de una certificación facultativa resultase que la mujer no puede, sin perjuicio de su salud, reanudar el trabajo. El patrono reservará a la obrera durante ese tiempo su puesto en el mismo.

La mujer que haya entrado en el octavo mes de embarazo podrá solicitar el cese en el trabajo, que se le concederá si el informe facultativo fuese favorable, en cuyo caso tendrá derecho a que se le reserve el puesto que ocupa.

Las mujeres que tengan hijos en el período de lactancia tendrán una hora al día, dentro de las del trabajo, para dar el pecho a sus hijos. Esta hora se dividirá en dos períodos de treinta minutos, aprovechables, uno, en el trabajo de la mañana, y otro, en el de la tarde. Estas medias horas serán aprovechadas por las madres cuando lo juzguen

²¹ Ley de 13 de marzo de 1900, reguladora del trabajo de las mujeres y los niños en los establecimientos industriales y mercantiles -Gaceta de Madrid Núm. 73, de 14 de marzo de 1900-Tomo I, pág. 875. <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1900/073/A00875-00876.pdf>

conveniente, sin más trámite que participar al director de los trabajos, al entrar en ellos, la hora que hubieren escogido.

No será en manera alguna descontable, para el efecto de cobro de jornales, la hora destinada a la lactancia.”

Dicha ley fue desarrollada por el Reglamento de 13 de Noviembre de 1900 para la aplicación de la Ley de 13 de Marzo de 1900 acerca del trabajo de mujeres y de niños²², el cual perpetra la primera modificación acerca de la maternidad sobre la protección de la mujer y del hijo durante el embarazo, estableciéndose en el art. 18: *“Las mujeres que hayan entrado en el octavo mes de embarazo, podrán solicitar del patrono el cese en el trabajo, teniendo derecho a que se les reserve el puesto que ocupaban hasta tres semanas después del alumbramiento. Si de una certificación facultativa resultase que a las tres semanas la mujer no podía dedicarse, sin perjuicio de su salud, al trabajo que realizaba anteriormente, se le reservará su puesto una semana más.”*

Y en su art. 19 se reconoce el derecho a la lactancia de 1 hora diaria, con posibilidad de dividir este periodo en 15 minutos.

Posteriormente, la Ley de 8 de enero de 1907, reforma el art. 9 de la Ley de 13 de Marzo de 1900²³, que amplía los derechos ya reconocidos por la Ley de 1900, por ejemplo la imposición del plazo de 4 meses para reingresar en el puesto de trabajo después del parto, pero sin compensación durante el embarazo ni la lactancia.

Para poder subsanar el problema de la no compensación durante el embarazo ni la lactancia, se proclama el Real Decreto de 21 de agosto de 1923²⁴, por el cual se creó un subsidio por maternidad, en el que se indemnizaba a la trabajadora por el parto.

En 1929, se promulga el Real Decreto Ley de 22 de marzo²⁵ en la que se establece el seguro obligatorio de maternidad, en base a períodos cotizados; pero cuya estructura y funcionamiento se reguló mediante el Reglamento General del Régimen Obligatorio del Seguro de Maternidad²⁶, que fija el derecho a recibir una asistencia médica y una prestación durante el periodo de descanso de maternidad obligatorio de 6 semanas.

Una vez concluida la guerra civil, el 14 de diciembre de 1942 se aprueba la Ley del Seguro Obligatorio de Enfermedad²⁷, de manera que la prestación de maternidad

²² Reglamento de 13 de noviembre de 1900 para la aplicación de la Ley de 13 de marzo de 1900, acerca del trabajo de mujeres y niños, aprobado por RD de 13 de noviembre de 1900- Gaceta de Madrid Núm. 320, de 16 de Noviembre de 1900, pág. 574.

<https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1900/320/A00574-00575.pdf>

²³ Gaceta de Madrid Núm. 10, 10 de enero de 1907, pág. 114.

<https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1907/010/A00114-00114.pdf>

²⁴ Gaceta de Madrid Núm. 235, 23 de agosto de 1923, págs. 811-813.

<https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1923/235/A00811-00813.pdf>

²⁵ Gaceta de Madrid Núm. 83, 24 de marzo de 1929, págs. 2202-2206.

<https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1929/083/A02202-02206.pdf>

²⁶ Gaceta de Madrid Núm. 32, 1 de febrero de 1930, págs. 827-835.

<https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1930/032/A00827-00835.pdf>

²⁷ Boletín Oficial Del Estado Núm. 361, 27 de diciembre de 1942, págs. 10592-10597.

<https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1942/361/A10592-10597.pdf>

también se incorporó dentro del mismo. Su Reglamento se implanta por Decreto de 11 de noviembre de 1943.²⁸

Las progresivas leyes que se han ido publicando a partir de esta última aprobación, se han ido constituyendo en torno a los seguros obligatorios y a materias laborales como por ejemplo la Ley del Contrato de Trabajo de 1944, promulgado por Decreto de 26 de enero de 1944 por el que se aprueba el texto refundido del Libro I de la Ley de Contrato de Trabajo²⁹. En un primer momento era de aplicación a las trabajadoras de las empresas industriales, aunque se fue expandiendo a las trabajadoras dedicadas a la agricultura.

Pero no fue hasta la época de los 60, cuando se unifican todos los Seguros Sociales en una misma ley, Ley 193/1963 de 28 de diciembre sobre Bases de Seguridad Social³⁰, desarrollada por Decreto 907/1966³¹ aprobando el texto articulado primero de la mencionada Ley.

En el capítulo V del mencionado Decreto, concretamente en el art. 126, considera como situación determinante de incapacidad laboral transitoria los períodos de descanso, voluntario y obligatorio, que procedan en caso de maternidad. Las condiciones que deben de reunir los beneficiarios en el caso de maternidad son más severas que las condiciones exigidas en caso de enfermedad común, tal y como establece el art. 128.

Asimismo, es necesario mencionar el Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General que determina la cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social y condiciones para el derecho de las mismas.³² Por ejemplo, el subsidio que se fija para cualquiera de las situaciones declaradas como incapacidad laboral transitoria, como es la de maternidad, será del 75% de la base de cotización.

Resaltar también la Orden de 13 de octubre de 1967, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de la prestación por incapacidad laboral transitoria en el Régimen General de la Seguridad Social.³³

Por último, antes de adentrarse en la época de Transición, se ha de citar la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales³⁴, la cual realiza una importante mejora en relación a la maternidad. El art. 25 de dicha Ley amplía los períodos de descanso laboral, de 6 semanas antes del parto y de 8 después del parto, además de recoger un

²⁸ Boletín Oficial del Estado Núm. 332, 28 de noviembre de 1943, págs. 11427-11436. <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1943/332/A11427-11436.pdf>

²⁹ Boletín Oficial del Estado Núm. 55, 24 de febrero de 1944, págs. 1627-1944. <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1944/055/A01627-01634.pdf>

³⁰ Boletín Oficial del Estado Núm. 312, 30 de diciembre de 1963, págs. 18181-18190. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1963-22667>

³¹ Boletín Oficial del Estado Núm. 96, 22 de abril de 1966, págs. 4778-4807. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1966-6647>

³² Boletín Oficial del Estado Núm. 312, 30 de diciembre de 1966, págs. 16476-16483. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1966-21116>

³³ Boletín Oficial del Estado Núm. 264, 4 de noviembre de 1967, págs. 15166-15170. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1967-19566>

³⁴ Boletín Oficial del Estado Núm. 96, 21 de abril de 1976, págs. 7894-7902. <https://www.boe.es/boe/dias/1976/04/21/pdfs/A07894-07902.pdf>

nuevo derecho que hasta entonces no se había indicado, como es el de la excedencia (art. 25.4): *“La mujer tendrá derecho al menos a un período de descanso laboral de seis semanas antes del parto y ocho después del parto. El período postnatal será en todo caso obligatorio y a él podrá sumarse, a petición de la interesada, el tiempo no disfrutado antes del parto.*

Asimismo tendrá derecho a un período de excedencia no superior a tres años por cada hijo nacido y vivo a contar desde la fecha del parto. Los sucesivos alumbramientos darán derecho a nuevo período de excedencia, que, en su caso, pondrá fin al que viniera disfrutando.

La mujer que se halle en la situación a que se refiere el apartado precedente podrá solicitar el reingreso en la Empresa, que deberá destinarse a la primera vacante que se produzca de igual o similar categoría.”

Con la llegada de la democracia, los derechos de las mujeres adquieren un nuevo rumbo, incorporándose nuevos preceptos, además de una ampliación y mejora de los ya existentes. Se crea por primera vez la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores³⁵ (ET), que implanta varias mejoras, como por ejemplo respecto al de descanso por maternidad, en su art. 48.4 que regula lo siguiente: *“En el supuesto de parto, la suspensión tendrá una duración máxima de 14 semanas, distribuidas a opción de la interesada.”*

Así como, un gran avance respecto a la conciliación (art. 46.3), en relación a la excedencia, no superior a 3 años, para atender al cuidado de cada hijo, pudiendo disfrutarla indistintamente por la madre o el padre.

Otro de los avances legislativos fue la Ley 3/1989 de 3 de marzo, por la que se amplía a 16 semanas el permiso por maternidad y se establecen medidas para favorecer la igualdad de trato de la mujer en el trabajo³⁶. El disfrute se establece en 16 semanas de descanso maternal después del parto (6 obligatorias inmediatamente posterior al parto) ampliable a 18 semanas en caso de parto múltiple (art. 1.4).

En esta última legislación se reconoce por primera vez la posibilidad de hacer uso de parte del permiso de maternidad por parte de los padres trabajadores (hasta 4 de las últimas semanas del permiso), en los supuestos de que ambos trabajen y no suponga un riesgo para la salud de la madre en la reincorporación de ésta al puesto de trabajo. No obstante, desde una visión minuciosa, este precepto no supone un gran avance por derivarse de un derecho accesorio en vez de un derecho de titularidad directa, es decir, el padre podrá disfrutar de este derecho siempre y cuando la madre conceda una parte de su descanso voluntario (dentro de las 10 semanas restantes).

Por otra parte, sí ha sido importante en el ámbito de la equiparación la maternidad natural/biológica con la adopción, considerándolas como una de las causas de motivo de

³⁵ Boletín Oficial del Estado Núm. 64, 14 de marzo de 1980, págs. 5799-5815. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1980-5683>

³⁶ Boletín Oficial del Estado Núm. 57, 8 de marzo de 1989, págs. 6504-6505. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1989-5272>

suspensión del contrato de trabajo. Así como un permiso de 8 semanas a contar a partir de la resolución judicial en el caso de adopción, y si el hijo adoptado es menor de 5 años y mayor de 9 meses, el permiso tendrá una duración máxima de 6 semanas, permitiendo indistintamente este derecho tanto a la madre como al padre.

Otro de los avances ha sido en materia de Seguridad Social, con el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social (LGSS)³⁷, en cuyo art. 128 figuran como incapacidad laboral transitoria las situaciones protegidas de maternidad. Aunque, posteriormente, con la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social³⁸, este criterio se modifica creándose el Título IV bis con denominación “*Maternidad*”, incluido en el Título II , Capítulo II “*Acción protectora del sistema de la Seguridad Social*”.

Desde el punto de vista de la Prevención de Riesgos Laborales, con la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales³⁹, en el art. 26 introduce la protección de la maternidad.

Tras la publicación de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras⁴⁰, supuso uno de los grandes avances de la sociedad española ,sobre todo en lo que respecta a derechos individuales e intransferibles de los trabajadores, tanto para el hombre como para la mujer, con la finalidad de que ambos sexos pudieran involucrarse de igual manera en las responsabilidades familiares, dando un nuevo paso a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.

Algunos de los preceptos más destacables que desprende esta tan novedosa ley son:

- Suspensión del contrato por maternidad, riesgo durante el embarazo, adopción o acogimiento de menores de 6 años.
- Excedencia no superior a 3 años para el cuidado de cada hijo ya sea biológico (a contar desde la fecha de nacimiento), como por adopción o acogimiento (estos últimos casos a contar desde la resolución judicial o administrativa).
- En el caso de parto, si tanto la madre como el padre trabajan, opción de la madre a que el padre pueda optar al disfrute de una parte determinada e ininterrumpida de las semanas restantes posteriores a las destinadas a la recuperación (es decir, de 10 semanas); y en el caso de adopción o acogimiento, si tanto la madre como el padre trabajaran se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva

³⁷ Boletín Oficial del Estado Núm. 154, 29 de junio de 1994, págs. 20658-20708. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1994-14960>

³⁸ Boletín Oficial del Estado Núm. 313, 31 de diciembre de 1994, págs. 39457-39504. <https://www.boe.es/buscar/pdf/1994/BOE-A-1994-28968-consolidado.pdf>

³⁹ Boletín Oficial del Estado Núm. 269, 10 de noviembre de 1995, págs. 32590-32611. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1995-24292>

⁴⁰ Boletín Oficial del Estado Núm. 266, 6 de noviembre de 1999, págs. 38934-38942. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1999-21568>



- Suspensión del contrato de trabajo con reserva de puesto de trabajo en los supuestos de parto con 16 semanas, ampliándose dos más por cada hijo a partir del segundo, equiparándose con la misma duración en los supuestos de acogimiento o adopción, además se elimina la concreción de la edad de los hijos. También se incluye el supuesto de riesgo durante el embarazo.
- Ampliación de la protección en materia de Prevención de Riesgos Laborales cuando existe riesgo durante el embarazo.
- Se destaca también con una gran importancia, la nulidad del despido cuando los trabajadores se encuentren en situación de período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, adopción o acogimiento.
- En materia de Seguridad Social, se añaden las prestaciones de maternidad y riesgo durante el embarazo en su modalidad no contributiva, es decir, cuando la trabajadora no haya cumplido los requisitos mínimos de cotización.

En función a esta ley, se desarrollaron el Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo⁴¹, con el objetivo de potenciar el reparto de las responsabilidades familiares y posibilitar que las mujeres mantengan una vinculación con su puesto de trabajo; y la Ley 33/2002, de 5 de julio, de modificación de artículo 28 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo⁴², que integra el principio de igualdad retributiva, es decir, igualdad de remuneración por razón de sexo.

Como se ha podido visualizar, a lo largo de las diferentes reformas legislativas se ha pretendido suprimir la discriminación que pueda sufrir la mujer en el trabajo o en el acceso al mismo, sobre todo en edad de tener hijos o en el acceso a promociones profesionales. Pero con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres⁴³, ha supuesto un gran progreso sobre todo en las mejoras sobre maternidad ampliando dicho permiso dos semanas más para los supuestos de hijo o hija con discapacidad, pudiendo hacer uso de esta ampliación indistintamente ambos progenitores.

También ha supuesto la introducción de algunas novedades en el ámbito de la Seguridad Social, como por ejemplo: la flexibilización de los requisitos de cotización para el acceso a la prestación de maternidad, reconocimiento de un nuevo subsidio para la prestación de maternidad para trabajadoras que no acrediten todos los requisitos exigibles.

Pero una de las medidas más innovadoras con esta nueva entrada, fue la instauración del permiso de paternidad estableciéndose así un derecho individual y exclusivo para el padre, tanto en los supuestos de paternidad biológica, como adopción y acogimiento,

⁴¹ Boletín Oficial del Estado Núm. 276, 17 de noviembre de 2001, págs. 42109-42121. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2001-21491>

⁴² Boletín Oficial del Estado Núm. 161, 6 de julio de 2002, págs. 24683-24683. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2002-13356>

⁴³ Boletín Oficial del Estado Núm. 71, 23 de marzo de 2007, págs. 12611-12645. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2007-6115>



otorgándosele un permiso de trece días de duración, ampliable en dos días más por cada hijo o hija a contar a partir del segundo.

Paralelamente, este cambio legislativo supuso también una serie de modificaciones en diversas leyes, en relación al tema tratado:

- Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, se reforman:
 - El art. 45.1 d) quedando redactado de la siguiente manera: *“Maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural de un menor de nueve meses y adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que su duración no sea inferior a un año, aunque éstos sean provisionales, de menores de seis años o de menores de edad que sean mayores de seis años cuando se trate de menores discapacitados o que por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes.”*
 - El art. 46 quedando redactado de la siguiente manera: *“«Los trabajadores tendrán derecho a un período de excedencia de duración no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza, como por adopción, o en los supuestos de acogimiento, tanto permanente como preadoptivo, aunque éstos sean provisionales, a contar desde la fecha de nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa. La excedencia contemplada en el presente apartado, cuyo periodo de duración podrá disfrutarse de forma fraccionada, constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres.»*
 - El art. 48 quedando redactado de la siguiente manera: *“En el supuesto de parto, la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables en el supuesto de parto múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo. El período de suspensión se distribuirá a opción de la interesada siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto. sin perjuicio de las seis semanas inmediatamente posteriores al parto de descanso obligatorio para la madre, en el caso de que ambos progenitores trabajen, la madre, al iniciarse el período de descanso por maternidad, podrá optar por que el otro progenitor disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del período de descanso posterior al parto bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre.*
En los supuestos de adopción y de acogimiento, de acuerdo con el artículo 45.1.d) de esta Ley, la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliable en el supuesto de adopción o acogimiento múltiples en dos semanas por cada menor a partir del segundo. Dicha suspensión producirá sus efectos, a elección del trabajador, bien a partir de la resolución judicial por la que se constituye



la adopción, bien a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, provisional o definitivo, sin que en ningún caso un mismo menor pueda dar derecho a varios períodos de suspensión. En caso de que ambos progenitores trabajen, el período de suspensión se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, siempre con períodos ininterrumpidos y con los límites señalados.

En el supuesto de discapacidad del hijo o del menor adoptado o acogido, la suspensión del contrato a que se refiere este apartado tendrá una duración adicional de dos semanas. En caso de que ambos progenitores trabajen, este período adicional se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva y siempre de forma ininterrumpida.”

- *Se incluye el art. 48 bis con la siguiente redacción: “En los supuestos de nacimiento de hijo, adopción o acogimiento de acuerdo con el artículo 45.1.d) de esta Ley, el trabajador tendrá derecho a la suspensión del contrato durante trece días ininterrumpidos, ampliables en el supuesto de parto, adopción o acogimiento múltiples en dos días más por cada hijo a partir del segundo. Esta suspensión es independiente del disfrute compartido de los periodos de descanso por maternidad regulados en el artículo 48.4.”*
- *El art. 53 y 54 quedando redactado de la siguiente manera: “Será nula la decisión extintiva además de declararse nulo el despido en los supuestos en la que los trabajadores se encuentren en período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, adopción o acogimiento o paternidad. La de las trabajadoras embarazadas desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión. La de los trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los períodos de suspensión del contrato por maternidad, paternidad, adopción o acogimiento, siempre que no hubiera transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo.”*
- *Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, se reforma:*
 - *El art. 26 quedando redactado de la siguiente manera: “Cuando la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no resultase posible o, a pesar de tal adaptación, las condiciones de un puesto de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto, ésta deberá desempeñar un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado.”*
- *Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, se reforman:*
 - *El art. 108 quedando redactado de la siguiente manera: “Será nulo el despido en los supuestos en que los trabajadores se encuentre en período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el*



embarazo, riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, adopción o acogimiento o paternidad a la que se refiere el art. 45 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión. El de los trabajadores después de haberse reintegrado en el trabajo al finalizar los períodos de suspensión del contrato de maternidad, paternidad, adopción o acogimiento, siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo.

- *El art. 122 quedando redactado de la siguiente manera: “Será nula la decisión extintiva en los supuestos en los que los trabajadores se encuentren en período de suspensión del contrato del trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, adopción o acogimiento o paternidad a la que se refiere el art. 45 del Estatuto de los Trabajadores, o estén disfrutando de ello, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia. Los trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los períodos de suspensión del contrato de maternidad, paternidad, adopción o acogimiento, siempre que no hubieran transcurrido más de 9 meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo.”*
- **Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social se reforman:**
 - *El art. 38 quedando redactado de la siguiente manera: “Prestaciones económicas en las situaciones de incapacidad temporal; maternidad; paternidad; riesgo durante el embarazo; riesgo durante la lactancia natural; invalidez, en sus modalidades contributiva y no contributiva; jubilación, en sus modalidades contributiva y no contributiva; desempleo, en sus niveles contributivo y asistencial; muerte y supervivencia; así como las que se otorguen en las contingencias y situaciones especiales que reglamentariamente se determinen por Real Decreto, a propuesta del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales.”*
 - *El art. 106 quedando redactado de la siguiente manera: “La obligación de cotizar continuará en la situación de incapacidad temporal, cualquiera que sea su causa, en la de maternidad, en la de paternidad, en la de riesgo durante el embarazo y en la de riesgo durante la lactancia natural, así como en las demás situaciones previstas en el artículo 125 en que así se establezca reglamentariamente.”*
 - *El art. 124 quedando redactado de la siguiente manera: “El período por maternidad o paternidad que subsista a la fecha de extinción del contrato de trabajo, o que se inicie durante la percepción de la prestación por desempleo, será considerado como período de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por*



jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad.”

- Se modifica el Capítulo IV bis del Título II con el Título “maternidad”.
- Introducción del Capítulo IV ter, con el título “paternidad”.
- Modificación de la disposición undécima bis y ter en relación a las prestaciones por maternidad y por paternidad en los Regímenes Especiales, y la gestión de las prestaciones económicas por maternidad y paternidad.

A pesar de la implantación de la referida Ley Orgánica, se ha podido contemplar que no se ha logrado una total igualdad en relación a la conciliación, aunque cada vez más se está integrando el papel del padre en la participación de sus derechos respecto a la paternidad. Por ello mismo, fue muy importante la entrada de la Ley Orgánica 9/2009, de 6 de octubre, de ampliación de la duración del permiso de paternidad en los casos de nacimiento, adopción o acogida⁴⁴, cuya finalidad es la de ampliar el permiso de paternidad a 4 semanas de duración ininterrumpidas, ampliables en el supuesto de parto, adopción o acogimiento múltiples en dos días más por cada hijo a partir del segundo; modificando así el art. 48 bis del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, así como la modificación del art. 2 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública. Pero, no entraría en vigor hasta el 1 de enero de 2017.

También es necesario hacer referencia al Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural⁴⁵. Lo más destacado de esta reforma ha sido el cambio de los criterios de periodo de cotización mínima en función de la trabajadora o el trabajador.

Para poder dar por concluida la evolución legislativa en esta materia, han sido diversas las nuevas reformas que se han ido ejecutando hasta la actualidad, por ello es imprescindible hacer mención de ellas ya que ha supuesto la derogación de algunas mencionadas anteriormente, y la entrada de otros preceptos que han atribuido nuevos y mejores avances:

- Con la aprobación del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social⁴⁶ quedó derogado el anterior Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social, variando la estructura de los artículos pero no el contenido de los mismos.

⁴⁴ Boletín Oficial del Estado Núm. 242, 7 de octubre de 2009, págs. 84692-84694. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2009-15958>

⁴⁵ Boletín Oficial del Estado Núm. 69, 21 de marzo de 2009, págs. 27936-27981. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2009-4724>

⁴⁶ Boletín Oficial del Estado Núm. 261, 31 de octubre de 2015, págs. 103291-103519. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-11724>



- Con la entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores⁴⁷, quedó derogado el anterior Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
- Con la nueva regulación del Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación⁴⁸, tiene como finalidad perfeccionar la ley pionera precedentemente descrita, Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, se pretende reforzar aún más las políticas para el impulso de los derechos para la igualdad de género que anteriormente no permitió garantizar la efectividad de los mismos obteniendo unos resultados no tan significantes como los esperados. Por ello, se ha contemplado el cambio de algunos preceptos sustanciales como por ejemplo en la reiterada Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, en el Real Decreto Legislativo 8/2015 de 30 de octubre (LGSS), en el Real Decreto Legislativo 5/2015 de 30 de octubre (EBEP), etc...

Pero el cambio más significativo que ha recogido esta reforma ha sido la ampliación del permiso de paternidad a 16 semanas recogido ya en el art. 48 del Real Decreto Legislativo 2/2015 de 23 de octubre por el que se aprueba la Ley del Estatuto de los Trabajadores, la cual se encontraba en 5 semanas que se llevó a cabo en el año 2018. El plazo para la implantación de esta medida será progresiva, es decir, que en el presente año el permiso es de ocho semanas (entrando en vigor el 8 de marzo), en el 2020 será de doce semanas y en el 2021 se llegará a las dieciséis semanas.

A partir del 1 de abril de 2019, las prestaciones de maternidad y de paternidad se unifican en una única prestación denominada “*Nacimiento y cuidado del menor*”, y de esta manera se podrán equiparar los permisos de paternidad y maternidad hasta hacerlo equitativos.

⁴⁷ Boletín Oficial del Estado Núm. 255, 24 de octubre de 2015, págs. 100224-100308. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-11430>

⁴⁸ Boletín Oficial del Estado Núm. 57, 7 de marzo de 2019, págs. 21692-21717. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2019-3244>



2.2. Prestación por Nacimiento y cuidado del menor

Con la publicación del Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación recoge, la Ley General de Seguridad Social adapta las nuevas medidas impulsadas modificando la rúbrica del Capítulo VI del Título II, cuya denominación era “maternidad” pasando a denominarse actualmente “*Nacimiento y cuidado de menores*”, así como el Capítulo VII que en lugar de denominarse “paternidad” pasa a calificarse “*Corresponsabilidad en el cuidado del lactante*”⁴⁹.

2.2.1. Situaciones protegidas

Se consideran situaciones protegidas, durante los períodos de descanso y permisos que se disfruten por el nacimiento de hijo o hija, adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento familiar (siempre que en este último caso no sea inferior a un año), y se trate de menores de 6 años o de acuerdo al Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) en los supuestos de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento serán los que se establezcan en el Código Civil o en las leyes civiles de las Comunidades Autónomas.

Para los casos de adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento se entenderán producidas en las fechas de decisión administrativa de guarda con fines de adopción o acogimiento, o a la resolución judicial por la que se constituye la adopción.

Respecto de la adopción realizada en el extranjero, se considera que surte efecto desde su reconocimiento en España, por lo que la fecha del hecho causante se produce una vez que concluye la fase administrativa-judicial en España.⁵⁰

2.2.2. Beneficiarios

- A efectos del subsidio contributivo:

Serán beneficiarios del subsidio por nacimiento y cuidado del menor los trabajadores por cuenta ajena o propia, cualquiera que fuera su sexo, que disfruten de los descansos previstos por la Ley del Estatuto de los Trabajadores, o en su caso en el Estatuto Básico del Empleado Público, siempre que reúnan una serie de requisitos:

- a) Estar afiliados y en alta o en situación asimilada al alta en fecha del hecho causante.
- b) Reunir un período de cotización distinto en función de la edad de la trabajadora o trabajador:

⁴⁹ Boletín Oficial del Estado Núm. 261, 31 de octubre de 2015, págs. 103291-103519. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-11724>

⁵⁰ BALLESTER LAGUNA, FERNANDO-SIRVENT HERNÁNDEZ, NANCY. *Lecciones y Prácticas de Seguridad Social*. 4ª Ed. Madrid (Cinca), 2016, pág. 88.



1. Si los trabajadores tienen menos de 21 años de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial por la que se constituye la adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, no se exigirá período mínimo de cotización.

2. Si los trabajadores tienen cumplidos entre 21 y 25 años en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial por la que se constituye la adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, el período mínimo de cotización exigido será de 90 días dentro de los 7 años inmediatamente anteriores al momento del inicio del descanso.

O, si los trabajadores acreditan 180 días cotizados a lo largo de su vida laboral, con anterioridad a dicha fecha

3. Si los trabajadores tienen cumplidos los 26 años o más en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial por la que se constituye la adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, el período mínimo de cotización exigido será de 180 días dentro de los 7 años inmediatamente anteriores al momento del inicio del descanso.

O, si los trabajadores acreditan 360 días cotizados a lo largo de su vida laboral, con anterioridad a dicha fecha⁵¹.

- A efectos del subsidio no contributivo:

Serán beneficiarias las trabajadoras por cuenta ajena o por cuenta propia que, en caso de parto, reúnan todos los requisitos exigidos para la prestación de nacimiento y cuidado del menor, excepto los períodos mínimos de cotización⁵²⁵³.

⁵¹ Boletín Oficial del Estado Boletín Oficial del Estado Núm. 261, 31 de octubre de 2015, art. 178. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-11724>

⁵² Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social <http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Trabajadores/PrestacionesPensionesTrabajadores/6b96a085-4dc0-47af-b2cb-97e00716791e>

⁵³ Boletín Oficial del Estado Boletín Oficial del Estado Núm. 261, 31 de octubre de 2015, art. 181. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-11724>



2.2.3. Contenido de la prestación

- Contenido de la prestación contributiva

La protección durante la prestación se precisa en un subsidio de carácter temporal. Durante el descanso persiste la obligación de cotizar por parte del empresario y del trabajador.

La prestación económica consiste en un subsidio equivalente al 100% de la base reguladora correspondiente. Esta base reguladora será equivalente a la que esté establecida para la prestación por Incapacidad Temporal derivada de contingencias comunes del mes anterior al hecho causante.

El subsidio podrá reconocerse por el Instituto Nacional de la Seguridad Social mediante resolución provisional. Si posteriormente se comprobase que la base de cotización por contingencias comunes del mes inmediatamente anterior al de inicio al descanso o permiso fuese distinta a la utilizada en la resolución provisional se recalculará la prestación y se emitirá resolución definitiva. En el caso de que la base no hubiera variado, la resolución provisional pasará a ser definitiva en un plazo de tres meses desde su emisión⁵⁴.

- Contenido de la prestación no contributiva

En el caso de que los trabajadores no cumplan el período de carencia exigido, podrán percibir un subsidio cuya cuantía diaria será igual al 100% del IPREM vigente en cada momento durante 42 días naturales a contar desde el momento del parto. Pero, se incrementará en 14 días naturales en ciertos casos específicos, como: nacimiento de hijo en familia numerosa, en familia monoparental, parto múltiple y discapacidad del hijo o de la madre en un grado igual o superior al 65%⁵⁵

⁵⁴ Boletín Oficial del Estado Boletín Oficial del Estado Núm. 261, 31 de octubre de 2015, art. 179. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-11724>

⁵⁵ Boletín Oficial del Estado Boletín Oficial del Estado Núm. 261, 31 de octubre de 2015, art. 182. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-11724>



2.2.4. Dinámica del derecho a la prestación

- Nacimiento:

El derecho a la prestación nace el mismo día en que comienza el descanso correspondiente.

-En el caso de maternidad biológica nacerá desde el mismo día de la fecha del parto o la del inicio del descanso en el caso de que fuera anterior al parto.

-En los casos de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento se iniciará bien a partir de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, o bien a partir de la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o acogimiento.

-En los supuestos de adopción internacional, cuando sea necesario el desplazamiento de los progenitores al país de origen del adoptado, el derecho a la prestación podrá iniciarse hasta 4 semanas antes de la resolución⁵⁶.

- Duración⁵⁷:

Se establece un período transitorio, durante los años 2019 y 2020, para aplicar paulatinamente la nueva regulación, y será a partir del 1 de enero de 2021 cuando progenitor, adoptante o acogedor pueda disfrutar de un período de suspensión equivalente.

Con efectos a partir del 1 de abril de 2019 hasta el 31 de diciembre de 2019, se atenderá a las siguientes reglas de duración:

- En caso de nacimiento:

-La madre biológica tendrá derecho a una suspensión de 16 semanas ininterrumpidas, (6 semanas que deberá de disfrutar obligatoriamente y de manera ininterrumpida, y 10 semanas que podrá repartirlas a su interés como por ejemplo la cesión al otro progenitor de 4 semanas). Ampliable en 2 semanas más en caso de parto múltiple a contar a partir del segundo hijo.

En caso de fallecimiento de la madre, el otro progenitor tendrá derecho a las 16 semanas previstas para tal beneficiaria.

En caso de fallecimiento de hijo o de la hija, el período de suspensión no se verá reducido, exceptuando en el caso de que la madre biológica decida reincorporarse al puesto de trabajo habiendo transcurrido las 6 semanas obligatorias de descanso.

⁵⁶ Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social <http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Trabajadores/PrestacionesPensionesTrabajadores/6b96a085-4dc0-47af-b2cb-97e00716791e/0b5879ed-1156-4676-b38c-7229dcba9c49/etebep#ETEBEP>

⁵⁷ Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social <http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Trabajadores/PrestacionesPensionesTrabajadores/6b96a085-4dc0-47af-b2cb-97e00716791e/0b5879ed-1156-4676-b38c-7229dcba9c49/etebep#ETEBEP>

-Respecto al otro progenitor tendrá derecho a una prestación de 8 semanas (entre el 1/04/2019 al 31/12/2019), 12 semanas (entre el 1/01/2020 al 31/12/2020), y 16 semanas (a partir el 1/01/2021). Se elimina el permiso de dos días por nacimiento que se encontraba recogido en el art. 37.3 b) de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Actualmente, el progenitor tendrá derecho a una suspensión total de 8 semanas, de las cuales las 2 primeras deberá de disfrutarlas de manera ininterrumpida inmediatamente posterior al parto, y las 6 semanas restantes podrá repartirlas a su interés.

En caso de fallecimiento de hijo o de la hija, el período de suspensión no se verá reducido, salvo que se reincorpore al puesto de trabajo transcurridas las 2 semanas obligatorias de descanso.

-Se podrá ampliar la duración de la prestación en los casos de nacimiento múltiple a contar a partir del segundo hijo (1 semana para cada progenitor), discapacidad del hijo o de la hija (1 semana para cada progenitor), parto prematuro y en los supuestos en los que el neonato deberá de permanecer hospitalizado posterior al parto por un período superior a 7 días (ampliación de tantos días como el nacido se encuentre hospitalizado con un máximo de 13 semanas adicionales).

- En caso de adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento

Se tendrá derecho a una suspensión de un total de 24 semanas a repartir de la siguiente manera:

-6 semanas obligatorias para cada uno de los progenitores, teniéndose que disfrutar a tiempo completo e ininterrumpido inmediatamente posterior a la resolución judicial o administrativa.

-12 semanas que podrán repartirlas a interés de los progenitores, dentro de los 12 meses siguientes a la resolución judicial o administrativa.

-La duración de la prestación se podrá ampliar en los supuestos de adopción múltiple (1 semana por cada progenitor), y discapacidad del hijo o de la hija (1 semanas por cada progenitor).

2.2.5. Gestión, reconocimiento y pago de la prestación ⁵⁸

- Gestión

La gestión de la prestación corresponde en exclusiva al Instituto Nacional de Seguridad Social (INSS) o al Instituto Social de la Marina (ISM), este último caso si se trata de trabajadores incluidos en el Régimen Especial del Mar.

- Reconocimiento

El procedimiento para el reconocimiento de la prestación se inicia a instancia del interesado, mediante solicitud dirigida a la Dirección provincial de la Entidad Gestora (INSS) donde tenga su domicilio.

La solicitud debe ir acompañada de la acreditación de la identidad de los solicitantes, informe de maternidad expedido por el facultativo del Servicio Público de Salud (cuando la trabajadora inicie el descanso con anterioridad a la fecha del parto, o cuando se produzca el fallecimiento del hijo habiendo sido gestado, al menos, 180 días), libro de familia, certificado de cotizaciones cuando proceda.

Para el caso de adopción o acogimiento, será necesario la solicitud y certificado de cotizaciones y la resolución judicial o administrativa.

El Director provincial de la Entidad Gestora (INSS) donde se haya realizado la solicitud dictará resolución expresa y la notificará al interesado en el plazo de 30 días, a contar desde la recepción de la solicitud.

El derecho al reconocimiento de la prestación prescribe a los 5 años, contados desde el día en que se produce el hecho causante, sin perjuicio de que los efectos de tal reconocimiento se produzcan a partir de los 3 meses anteriores a la fecha en que se presente tal solicitud.

- Pago

La correspondiente Entidad gestora abonará el subsidio directamente a cada beneficiario, durante los períodos disfrutados efectivamente por ambos progenitores, efectuando el pago por períodos vencidos.

En relación al parto, acogimiento o adopción múltiple, el subsidio se abonará en un solo pago al finalizar el período de las 6 semanas obligatorias de descanso, o al término de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o al término de la resolución judicial de adopción.

⁵⁸ Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social <http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Trabajadores/PrestacionesPensionesTrabajadores/10959/28299/28307#6197>



2.2.6. Denegación, anulación, suspensión y extinción de la prestación ⁵⁹

- Denegación, anulación y suspensión

El derecho a la prestación puede ser denegado, anulado o suspendido cuando el beneficiario actúa de manera fraudulenta para obtener o mantener la prestación, o cuando trabaje por cuenta propia o ajena mientras dura los períodos correspondientes de descanso.

Y en los casos de adopción internacional, cuando no se aporte la documentación exigida para considerar constituida la adopción, si han transcurrido 4 semanas desde que se anticipó el inicio del descanso.

- Extinción

Son causas de extinción del derecho a la prestación:

-El transcurso de los plazos máximos de disfrute del descanso por maternidad, adopción, guarda con fines de adopción, o acogimiento.

-La reincorporación voluntaria al puesto de trabajo del beneficiario del subsidio antes de finalizar el plazo máximo de duración (excluyendo las 6 semanas obligatorias posteriores al parto).

-En caso del disfrute conjunto de ambos progenitores, sucesivo o simultáneo, por la reincorporación voluntaria al trabajo de uno de ellos o de ambos, antes de que finalice el plazo máximo. En caso de renuncia de uno de ellos, el período no disfrutado se incrementará al período del progenitor que mantiene el disfrute de la prestación.

-Por adquirir el beneficiario la condición de pensionista de jubilación o incapacidad permanente.

-Fallecimiento del beneficiario, salvo que el otro progenitor pueda disfrutar del período restante.

-Fallecimiento del hijo, salvo las 6 semanas obligatorias después del parto y después del parto prematuro en que el feto haya permanecido en el seno materno al menos 180 días.

⁵⁹ Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Trabajadores/PrestacionesPensionesTrabajadores/6b96a085-4dc0-47af-b2cb-97e00716791e/19-c021_#19-C021



2.3. Prestación por Nacimiento y cuidado del menor en los casos de gestación por sustitución

En lo que respecta al reconocimiento de la prestación protegida por la Seguridad Social, tanto la Ley General de la Seguridad Social como la Ley del Estatuto de los Trabajadores hacen alusión a los supuestos que otorgan el derecho a la suspensión del contrato de trabajo con reserva del puesto de trabajo: nacimiento, guarda con fines de adopción y acogimiento.

No obstante, aunque la gestación por sustitución no aparece contemplada expresamente como tal, habrá que determinar si existe una laguna legal o si es posible encajarla en una previsión legal para obtener el derecho a la prestación por considerar su situación similar a los supuestos anteriormente expuestos⁶⁰.

A pesar de que la gestación por sustitución está prohibida en nuestro Ordenamiento Jurídico, los pronunciamientos de los tribunales del Orden Social han sido muy diversos y dando lugar a distintas posiciones. Entre las sentencias dictadas se destacan las siguientes:

- La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (TSJCL), sala de lo Social nº 1, de 5 de mayo de 2010⁶¹ se fundamenta en que: *“entiende esta Sala que, no por las recurrentes la filiación de la recién nacida como hija de la demandante, debe incluirse a la demandante en alguna de las situaciones que dan lugar al derecho de prestación por maternidad. Cuando menos, debería equipararse el supuesto de la actora al de la adopción, en el que tampoco ha existido parto pero que sí aparece recogida en el mencionado artículo como situación generadora de la prestación aquí reclamada”*.
Por lo que la sala entiende que se debe equiparar la maternidad subrogada con la adopción.
- La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias (TSJAS), sala de lo Social, de 20 de septiembre de 2012⁶², propugna parte de su fundamentación en el art. 2 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, cuya sala considera jurídicamente equiparables la figura de la maternidad subrogada con la adopción o acogimiento preadoptivo, permanente o simple.

⁶⁰ MORENO PUEYO, MANUEL JOSÉ. “Maternidad subrogada y prestación de maternidad”, Cit. Pág. 33.

⁶¹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid, de 5 de mayo de 2010, Sala de lo Social N° 1, N° 539/2010.
<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=5641173&statsQueryId=120927621&calledfrom=searchresults&links=%22539%2F2010%22&optimize=20100624&publicinterface=true>

⁶² Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Oviedo, de 20 de septiembre de 2012, Sala de lo Social, N° 1604/2012.
<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=6509885&statsQueryId=120931311&calledfrom=searchresults&links=%221604%2F2012%22&optimize=20121004&publicinterface=true>



- La sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (TSJPV), sala de lo Social, de 13 de mayo de 2014⁶³, por el contrario, estima el recurso en favor al INSS teniendo su fundamentación en dos Directivas.
La primera, 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 hombre y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, interpreta que no existe una discriminación basada en el sexo cuando un empleador deniegue un permiso de maternidad a una madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución.
Y la segunda Directiva en la que se basa la sentencia es, la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, de la cual extrae que los Estados miembros no están obligados a conferir un permiso de maternidad a una trabajadora, en calidad de madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución.
- La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (TSJM), sala de lo Social, de 5 de octubre de 2015⁶⁴, fallando a favor de la Tesorería General de la Seguridad Social y el Instituto Nacional de Seguridad Social, denegando la prestación por maternidad con el siguiente motivo: *“nuestro ordenamiento no admite la denominada maternidad subrogada, al ser nulo el contrato que la sustenta, ni la misma está contemplada como situación protegida a efectos del reconocimiento de la prestación por maternidad, pues no deriva del parto, ni es asimilable, como situación distinta, a la adopción ni al acogimiento...”*
- La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (TSJM), sala de lo Social, de 31 de marzo de 2016⁶⁵, falla a favor de la solicitante del permiso de maternidad basándose en que *“cuando una norma colisiona con el principio o cláusula general del interés superior del menor y con el de igualdad con*

⁶³ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 13 de mayo de 2014, Sala de lo Social, N° 749/2014.

<http://diariolaley.laley.es/Content/DocumentoRelacionado.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAB3ISwqAIBAA0Nu4VjOohatctbYDTDqCIBqjBt6-z1u-6L3eD875LMS6KMLupBpL1pIL9eb0RQzDFGFHhTpAqshcQiADDTdImD2QtSRwVIL6g0Pin88A3b2S10AAAA=WKE>

⁶⁴ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 5 de octubre de 2015, sala de lo Social, N° 473/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=7511173&statsQueryId=120998047&calledfrom=searchresults&links=%22473%2F2015%22&optimize=20151105&publicinterface=true>

⁶⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 3 de marzo de 2016, sala de lo Social, N° 577/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=7683897&statsQueryId=120996438&calledfrom=searchresults&links=%22577%2F2015%22&optimize=20160526&publicinterface=true>



independencia del nacimiento, su aplicación debe realizarse conforme a las exigencias derivadas de un principio general prioritario, el del interés superior del menor” añadiendo además que “no se puede llevar a privar al menor de la atención, bienestar y cuidado que su persona merece y que constituye un elemento prioritario de la prestación por maternidad en nuestra legislación...”.

Habiendo analizado las resoluciones previas, el Tribunal Supremo (TS) se pronunció a través de un Recurso de Casación para Unificación de Doctrina⁶⁶ aceptando la prestación de maternidad y creando así jurisprudencia, ampliando la protección sobre la prestación de maternidad en todos los supuestos de gestación por sustitución.

A pesar de ello, ni la doctrina ni la jurisprudencia, tanto nacional como internacional, dan cabida a obtener una posición unánime sobre la permisibilidad o no de la obtención de la prestación en la maternidad subrogada, dando lugar a una pluralidad de opiniones y posiciones, así como de la libre elección del legislador a la hora de pronunciarse, sin ser muy conscientes de que una de las cosas más importantes que se encuentra en riesgo es la protección de los derechos e intereses del menor.

Pese a que las normas españolas declaran nulo el contrato de maternidad por subrogación, y la actual regulación legal en materia de Seguridad Social omite también la integración de este supuesto como tal, se puede afirmar que no existe una laguna legal puesto que la decisión, como se ha mencionado anteriormente, incurre en el propio legislador y su interpretación frecuentemente suele ser en sentido favorable para la protección del menor.

Por tanto, existiendo una verdadera integración del menor en el núcleo familiar de los padres intencionales, la doctrina de suplicación y también la unificada, sopesan que es aplicable la prestación de maternidad, previo cumplimiento de los requisitos de la misma.

Para el reconocimiento de tal derecho, la entidad gestora exige como uno de los requisitos necesarios que se haya acreditado la previa inscripción de la filiación del hijo en el Registro civil español, y si no se reconociera se estaría produciendo una discriminación transgrediendo lo dispuesto tanto en el art. 14 como en el art. 39.2 de la Constitución Española⁶⁷.

⁶⁶ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, de 16 de noviembre de 2016, sala de lo Social, Nº 3146/2014.

⁶⁷ MARTÍNEZ BARROSO, M^a DE LOS REYES. “La maternidad y paternidad tradicional frente a los nuevos retos como la maternidad/paternidad subrogada, adopción, guarda y acogimiento de menores”. *Protección a la familia y seguridad social, hacia un nuevo modelo de protección sociolaboral. Asociación Española de Salud y Seguridad Social. Ediciones Laborum, Tomo I, págs. 13 y 17.*



V. CONCLUSIONES

Como resultado del estudio presentado, se concluye que:

1. La maternidad subrogada es un fenómeno social que se ha ido expandiendo en función de los avances de las técnicas de reproducción asistida que ha originado la evolución de la idea de familia tradicional creando nuevas formas de gestación.

Consiste en un contrato oneroso o gratuito, a través del cual una mujer acepta someterse a alguna de las técnicas de reproducción asistida y gestar al hijo, con el compromiso de renunciar a cualquier vínculo o derecho y entregarlo a los comitentes, independientemente de que sean familias heterosexuales, homosexuales o monoparentales.

Los deseos para acceder a esta técnica son variados, pero todos coinciden en el interés de los comitentes de formar una familia

Dentro de la gestación por sustitución se encuentran diversas modalidades, que pueden ser: la subrogación tradicional y la subrogación gestacional.

2. La legislación actual española sanciona con la nulidad de pleno derecho el ejercicio del contrato por el que se convenga la gestación. Tal prohibición no evita celebrar estos contratos haciendo que cientos de familias acaben desplazándose a países extranjeros en los que la institución sea legal o al menos en cierta manera admitida, ofreciendo unas circunstancias más favorables, ya sea por el motivo legal o económico.

Pero por otra parte, existe una contradicción legislativa tanto en el aspecto de la admisión de las inscripciones adquiridas en el extranjero encontrándose distintos mecanismos legales para su realización, como en la solicitud de la actual prestación por nacimiento y cuidado del menor, después de haberse llevado a cabo esta forma de reproducción que se reconocerá cuando se tenga atribuida la propia filiación oficial en el Registro del Consulado Español.

3. En relación a la filiación, existe una discriminación atendiendo al art. 14 de la Constitución Española, estableciéndose como un derecho fundamental y señala que todos los españoles somos iguales ante la ley sin que pueda prevalecer discriminación por alguna de las razones fijadas.

En los casos de aportación de material genético por parte del padre comitente, la ley le permite reclamar la filiación siendo el padre biológico; por el contrario, cuando la madre comitente dona sus óvulos no podrá reclamar dicha filiación según lo establecido por el art. 10.2 LTRHA *“la filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución será determinada por el parto”*, momento concreto en el que se produce la disparidad entre la propia Constitución Española y la Ley



sobre Técnicas de Reproducción humana asistida. Por un lado, se encuentra la discriminación entre hombres y mujeres a la hora de reclamar la filiación basándose en el parto, y por otro lado, se encuentra la desigualdad de cara al nacido, que no permite a la mujer realizar la inscripción referente al mismo, dejando como única alternativa la adopción. Por lo que se hace necesario que la ley regule y equipare los derechos del hombre y la mujer en la gestación por sustitución relativa a la filiación.

4. Bien es cierto, que el Tribunal Supremo considera que la gestación por sustitución supone la vulnerabilidad de la dignidad y la cosificación de la mujer gestante y del niño, tratándolos como simples objetos de comercio, lo que conlleva a la mercantilización de la gestación y la filiación, por lo que decidió que tal acto es contrario al orden público internacional español, sin dar opción a comprobarse caso por caso, con la única solución de determinar la filiación a través de la adopción.

Pero, para que existiera una vulneración del orden público español habría que valorar por ejemplo, si los hijos nacidos mediante esta práctica han sido objeto de comercio o que la mujer gestante no haya sido obligada, ni intimidada para acceder a estos servicios.

En apoyo a la postura adoptada por el TS, se encuentra el sector de la población que entiende que mediando una aportación económica, es objeto de comercio y vulnera la dignidad de las personas, no aceptando esta técnica ya que considera que no es totalmente altruista.

La corriente ético-religiosa entiende que la práctica de la maternidad subrogada desvirtúa el concepto tradicional y la esencia de la procreación.

5. Con el fin de poder amparar y proteger los derechos de las partes implicadas lo más conveniente sería regularizar la gestación por sustitución en España, y así, poder cerrar los vacíos legales existentes. Para evitar la mercantilización y la explotación tanto de la mujer gestante como del hijo nacido, lo adecuado sería que el contrato entre la gestante y los comitentes no tuviera carácter económico, es decir, que fuera una práctica altruista cubriendo exclusivamente los gastos que deriven de motivos médicos o laborales, que deviene como algo utópico.

Un acercamiento a esta posibilidad ha sido la presentación de Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación, el 8 de septiembre de 2017 por parte del Grupo Parlamentario Ciudadanos. Pero, dada la actual situación socio-política española en la que se encuentra inmersa, no es una materia que se encuentre entre las prioridades para que se pueda poner una posible solución a corto plazo, y mucho menos a medio ni largo plazo.



Por otro lado, lo conveniente también sería que a nivel europeo se pusiera remedio esta situación, pero dada la diversidad de legislaciones existentes entre los Estados Miembros también se hace complicado que exista una ley unificadora ante esta realidad.

Mientras no exista una legislación que regule y garantice unos derechos y obligaciones de acuerdo a las partes implicadas en el proceso, aquellas personas que puedan permitírsele seguirán recurriendo a esta práctica, acudiendo a aquellos países que sí lo consientan, mientras que el resto deberán recurrir a otras vías que se encuentren legalmente reguladas en nuestro Ordenamiento Jurídico, para cumplir el deseo de formar una familia.



VI. BIBLIOGRAFÍA

ÁVILA HERNÁNDEZ, CARLOS JAVIER. “La maternidad subrogada en el Derecho comparado”. *Cadernos de Derecho Actual*, Nº 6, 2017, págs. 313-334.

BALLESTER LAGUNA, FERNANDO-SIRVENT HERNÁNDEZ, NANCY. “Lecciones y Prácticas de Seguridad Social”. *Ediciones Cinca 4ª Edición*, 2016, págs. 88-92.

Boletín Oficial del Estado <https://www.boe.es/>

DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, MARÍA SOLEDAD. “La maternidad subrogada en España: ¿Coherencia entre la Jurisprudencia civil y laboral?: Reflexiones a propósito de la STS DE 25 DE Octubre de 2016. Sala de lo Social”. *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia* Nº 16, Octubre, 2017, págs. 1-49.

Diario La Ley <http://diariolaley.laley.es/content/Inicio.aspx>

JIMÉNEZ NÚÑEZ, FRANCISCO JAVIER. “Denegación de la Inscripción de la filiación determinada por la celebración de un contrato de gestación por sustitución. Comentario a la STS 835/2013 de 6 de febrero de 2014 (RJ 2014, 736)”. *Rev. Boliv. De derecho*, Nº18, Julio, 2014, págs. 400-419.

LAMM, ELEONORA. “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho”. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Marzo 2012, págs. 1-49.

LAMM, ELEONORA.” Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres”. *Colección de Bioética, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona*, 2013, págs. 17-332.

LLORENS ESPADA, JULEN. “Nuevos retos de las prestaciones de la Seguridad Social por maternidad y paternidad”. *LAN HARREMANAK/38*, Nº II, 2017, págs.126-151.

MARTÍNEZ BARROSO, Mª DE LOS REYES. “La maternidad y paternidad tradicional frente a los nuevos retos como la maternidad/paternidad subrogada, adopción, guarda y acogimiento de menores”. *Protección a la familia y seguridad social, hacia un nuevo modelo de protección sociolaboral. Asociación Española de Salud y Seguridad Social. Ediciones Laborum*, Tomo I, págs. 1-30.

Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad <http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Inicio>

MORENO PUEYO, MANUEL JOSÉ. “Maternidad subrogada y prestación de maternidad”. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Economía y Sociología*, Nº 116, 2015, págs. 21-55.

Poder Judicial España http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial



universidad
de león

REGALADO TORRES, MARÍA DESIRÉE. “Efectos, consecuencias y regulación de la maternidad subrogada”. *FEMERIS*, Vol.2, N°2, 2017, págs. 10-34.

SOSPEDRA FONTANA, ALEJANDRO. “La gestación Subrogada en España”. *Cuestiones de Interés Jurídico, IDIBE*, Julio, 2018, págs. 1-48.

VILLALOBOS CASTRO, ALEJANDRO. *Infertilidad: Consideraciones Generales*.
<http://infertilidadcr.com/publicaciones/infertilidad-publi.html>