

Permiso de maternidad por hijo nacido de gestación por sustitución

(Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 20 de septiembre de 2012, Rec. N.º. 1604/2012)

Por Luis Antonio Fernández Villazón

Profesor TU de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la Universidad de Oviedo

1. El caso.

Doña Estrella y don Ignacio acudieron para ser padres a la figura del contrato "de gestación por sustitución". Para ello firmaron dicho contrato con doña Belinda, residente en California, y obtuvieron del Tribunal Superior de California resolución declarando que doña Estrella es madre legal y natural del hijo nacido de Belinda, entre el 2 de junio de 2010 y el 5 de octubre de 2011. El nacimiento se registró en el Registro Civil Consular de Los Ángeles, figurando como padre y madre don Ignacio y doña Estrella respectivamente.

El 1 de septiembre de 2011 doña Estrella, a la sazón técnico especialista de laboratorio del Servicio de Salud del Principado de Asturias (SESPA), solicitó de su entidad empleadora el disfrute del correspondiente permiso por maternidad, desde el mismo 1 de septiembre al 22 de diciembre de 2011. La solicitud fue denegada por el SESPA, alegando que la legislación española sólo contempla el permiso por maternidad para los casos de parto, adopción o acogimiento, no siendo ninguno de ellos el planteado. También fueron desestimados el recurso interpuesto por doña Estrella ante el propio SESPA y la reclamación previa planteada ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social.

Presentada demanda ante el Juzgado de lo Social n.º. 2 de Oviedo, este declaró la nulidad de las resoluciones del SESPA y del INSS y declaró el derecho de la actora a disfrutar el permiso de maternidad de dieciséis semanas. Contra esta resolución interpuso el INSS recurso de suplicación, que da origen a la sentencia comentada.

El recurso gira en torno a dos motivos. El primero sostiene que el contrato de gestación por sustitución se encuentra prohibido en España, siendo nulo de pleno derecho, por lo que no debería producir efectos en nuestro país. El segundo, insiste en el hecho de que la maternidad alcanzada por esta vía no se encuentra prevista entre los supuestos que dan derecho al permiso de maternidad.

2. Sobre la inscripción en el registro del nacimiento por contrato de gestación por sustitución y sus efectos en el orden social de la jurisdicción.

La Ley 14/2006, de 26 de mayo, de técnicas de reproducción asistida humana (BOE 27 mayo) establece tajantemente que "será nulo de pleno derecho cualquier 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", señalando a continuación que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto (art. 10). Así pues, el contrato de gestación

por sustitución se encuentra prohibido efectivamente en España y un supuesto como el descrito sólo puede plantearse en situaciones de carácter internacional, en las que ciudadanos españoles acuden al extranjero para formalizarlo y luego instan el reconocimiento de las resoluciones administrativas o judiciales de otro Estado en nuestro Registro Civil.

Sobre este particular, existe un importante sector de la doctrina que considera inviable dicha inscripción, al entender que la prohibición contenida en la Ley 14/2006 es de orden público, en cuanto responde al principio, común en los países de la Europa continental, de que no pueden ser objeto de tráfico jurídico las facultades reproductivas y de gestación. Es cierto que en ocasiones se ha acudido a la idea de "orden público atenuado" para reconocer ciertos efectos jurídicos en España a instituciones ajenas a nuestro Derecho (como ha sucedido, por ejemplo, en el caso de la poligamia en relación con las pensiones de viudedad), pero en este último caso no se admite la recepción sustantiva de la institución, es decir, no se permite la inscripción registral del hecho.

La Dirección General de los Registros y del Notariado del Ministerio de Justicia ha iniciado, sin embargo, una práctica que permite a las filiaciones por contrato de gestación declaradas por autoridades extranjeras acceder al Registro Civil español y, en consecuencia, alcanzar plenos efectos dentro de nuestro país. Así, la Resolución de 18 de febrero de 2009 (RJ 2009, 1735) permitió a un matrimonio homosexual inscribir como hijos suyos a dos bebés gemelos concebidos en California por este método, alegando para ello la necesidad de proteger el interés superior del menor. La inscripción así realizada fue recurrida por la fiscalía y anulada por la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº. 15 de Valencia de 15 de septiembre de 2010. Pese a esta anulación, la Dirección General publicó después la Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestión por sustitución (BOE 7 de octubre), que se encuentra actualmente en vigor.

La Instrucción permite expresamente la inscripción de la filiación de menores concebidos en el extranjero a través del mencionado contrato, exigiendo eso sí, que la misma se encuentre declarada por sentencia judicial firme. La sentencia extranjera, si ha sido declarada en el marco de un procedimiento de naturaleza contenciosa, deberá obtener el correspondiente *exequatur* por parte de la jurisdicción española pero, si deriva de un procedimiento de carácter voluntario, precisa simplemente del reconocimiento incidental previo por parte del mismo encargado del Registro. En definitiva, la gestación por sustitución realizada en el extranjero ha encontrado el camino para conseguir plenos efectos en nuestro país, al margen de la expresa prohibición legal de la figura. Sin duda esta es la razón por la que doña Estrella y don Ignacio consiguieron la inscripción del nacimiento como padres naturales en la oficina consular del Registro Civil español en Los Ángeles.

En este contexto, el Tribunal Superior de Justicia de Asturias no tenía otra opción que rechazar el primer motivo del recurso del INSS. Lo que se pedía en dicho motivo, en definitiva, era que el orden social de la jurisdicción se pronunciase prejudicialmente sobre la validez de la inscripción efectuada en el Registro consular. Sin embargo, las inscripciones registrales gozan de "presunción de exactitud", por

la que se "presume que los hechos inscritos existen y los actos son válidos y exactos mientras el asiento correspondiente no sea rectificado o cancelado en la forma prevista por la ley" (art. 16 Ley 20/2001, de 21 de julio, del Registro Civil; BOE 22 julio). La rectificación y cancelación sólo pueden efectuarse judicialmente, ante el orden civil de la jurisdicción. Es decir, los tribunales de lo social, al resolver la cuestión prejudicial planteada, están obligados, mientras una sentencia civil no diga otra cosa, a considerar válida la filiación registrada. Así pues, la desestimación de este motivo resulta, desde un punto de vista de técnica procesal, irreprochable, por más que la Sentencia haya cometido el error de citar en su argumentación fundamentos jurídicos provenientes de la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009 que, como sabemos, fue anulada por los tribunales.

3. Permiso por maternidad en los supuestos de gestación por sustitución.

Resuelto el primer motivo del recurso, queda todavía abierta la segunda cuestión planteada por el INSS; esta ya sí incluida dentro del ámbito de conocimiento propio del orden jurisdiccional social. Se trata de determinar si los padres españoles, que han obtenido el reconocimiento de la filiación de un hijo concebido a través de gestación por sustitución realizada en el extranjero, pueden tener derecho al permiso por maternidad, habida cuenta de que los artículos 45.1 d) y 48.4 del Estatuto de los Trabajadores, al regular dicho permiso, sólo mencionan expresamente los supuestos de parto, adopción o acogimiento.

En este punto el Tribunal Superior de Justicia de Asturias asume lo que expresamente llama una "interpretación generosa" de la normativa aplicable, fundada en la "protección social, económica y jurídica de la familia", la "protección de los hijos" y la igualdad de éstos ante la Ley con independencia de la filiación; principios proclamados todos ellos en el artículo 39 de la Constitución Española. El pie para esta interpretación generosa lo da el artículo 2.2 del RD 295/2009, de 6 de marzo, que regula las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural (BOE 21 de marzo). Dicho precepto, tal y como señala la propia sentencia comentada, efectúa una "notable intensificación y ampliación de la acción protectora de la Seguridad Social" al señalar que "se considerarán jurídicamente equiparables a la adopción y al acogimiento preadoptivo, permanente o simple, aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y el acogimiento preadoptivo, permanente o simple, cuya duración no sea inferior a un año, cualquiera que sea su denominación".

La interpretación así defendida podría considerarse *a priori* como excesivamente amplia o, incluso, forzada. No obstante, debe tenerse en cuenta que la ampliación del permiso de maternidad a los supuestos de acogimiento permanente o simple ha hecho que dicha institución se haya desvinculado en nuestro ordenamiento del puro dato de la filiación, sea ésta biológica o por adopción. Tal y como insinúan los fundamentos jurídicos de la sentencia, el hecho de la maternidad/paternidad no es ya el único bien jurídico protegido, sino que pasa a compartir relevancia con otras consideraciones relativas a la protección del menor, su integración en una familia y

el estrechamiento de los vínculos con los miembros de la misma. Siendo esto así, resultaría cuanto menos chocante negar el permiso a quienes figuran registralmente como padres del menor y, en consecuencia, han de asumir su cuidado con carácter permanente, mientras pueden disfrutar de él quienes acogen con carácter provisional, sin ninguna intención de que esa situación se prolongue en el futuro.

Son estas consideraciones de justicia material las que, sin duda, han llevado al Tribunal Superior de Justicia de Asturias a desestimar también el segundo motivo del recurso, introduciendo un tercer supuesto de maternidad (la alcanzada a través de un contrato de gestación por sustitución) al lado de los dos supuestos tradicionales (parto y adopción o acogimiento) que dan derecho al disfrute de la suspensión del contrato de trabajo. Todo ello tomando siempre como punto de partida el hecho relevante de que se haya obtenido el reconocimiento en España de una situación que, por el momento, sólo puede producirse legalmente en el extranjero.

Esa introducción de un auténtico *tertium genus*, al haberse producido sin intervención legislativa, exige su equiparación a uno de los dos ya expresamente regulados por la Ley, a efectos de determinar el régimen jurídico que le es aplicable. El Tribunal realiza esa equiparación con el supuesto de adopción y acogimiento. Se trata sin duda de una elección adecuada, pues no existe en la gestación por sustitución, al igual que sucede en la adopción, la necesidad de reservar exclusivamente a la madre un tiempo del permiso para garantizar su recuperación física. El régimen de disfrute indistinto y consensuado por ambos progenitores, en el caso de que ambos trabajen, que caracteriza al permiso por adopción parece también el más adecuado para atender la nueva situación. En definitiva, la Sentencia comentada supone un hito en un proceso que apunta a una cada vez más necesaria reformulación de la actitud de nuestro ordenamiento hacia las fórmulas alternativas de reproducción

4. Sentencias relacionadas.

En un caso muy similar al presente y en idéntico sentido se pronunció ya la STSJ Castilla y León (Valladolid) de 5 de mayo de 2010 (Nº. Rec. 539/10), aunque con fundamentación jurídica bastante más escasa. Posteriormente, la STSJ Madrid de 18 de octubre de 2012 (Nº. Rec. 1875/2012) ha vuelto a insistir en la eficacia de la inscripción en el Registro consular y en la equiparación de la situación a la adopción y el acogimiento.

4. Bibliografía recomendada.

FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A. S., "Eficacia jurídico-registral del contrato de gestación subrogada", *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº. 6, 2011.

SELMA PENALVA, A., "Vientres de alquiler y prestación por maternidad", *Aranzadi Social*, nº. 9, 2013.