

Madrid, 10 de abril de 2017

LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN O MATERNIDAD SUBROGADA. PRESTACION POR MATERNIDAD

Recientemente el Departamento de Derecho de Familia de nuestro bufete ha tenido la oportunidad de defender ante los Tribunales españoles la adopción por parte de una madre biológica del hijo del matrimonio gestado por sustitución en Ucrania.

Se trata de una situación en la que el material genético es puesto por el padre y la madre pero el hijo es engendrado en el vientre de otra mujer.

Nos encontramos ante una cuestión de plena actualidad, cada vez más frecuente en nuestro país y que tiene algunos aspectos legales controvertidos.

Resumimos a continuación algunos aspectos interesantes de la maternidad subrogada, conocida popularmente como "vientre de alquiler".

ANTECEDENTES.

La Gestación subrogada o gestación por sustitución es una forma de reproducción asistida en la que, además de los futuros padres, participa en la reproducción una mujer que es quien gesta el embrión. Esta técnica se produce cuando, mediante un acuerdo o contrato, una mujer, con plena capacidad de obrar, consiente libremente en llevar a cabo la gestación, con el compromiso irrevocable de entregar el nacido a los otros intervinientes que, a todos los efectos, serán los progenitores.

Actualmente, este tipo de técnica de reproducción no está permitida en España, en virtud del artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida; debido a ello, muchos ciudadanos españoles recurren a otros países donde el ordenamiento jurídico admite esta posibilidad.

Tras el nacimiento se deben realizar una serie de procedimientos en España a fin de que el hijo biológico de la pareja sea reconocido a todos los efectos legales como hijo de la pareja. Procedimientos que resultan *espinosos*, dada la prohibición de esta técnica de reproducción en España.

I. EN PARTICULAR, ¿TIENE DERECHO LA PAREJA NO GESTANTE A LA PRESTACIÓN POR MATERNIDAD?

Una de las dudas que se plantea, en el ámbito laboral, es si la pareja no biológica del niño fruto del "vientre de alquiler" tiene o no derecho a la prestación por maternidad.

La prestación por maternidad es una prestación económica que trata de cubrir la pérdida de rentas o ingresos que sufren los trabajadores cuando se suspende el contrato o se interrumpe su actividad para disfrutar de los periodos legalmente establecidos de descanso por maternidad, adopción, acogimiento y tutela.

ALEDIA

A B O G A D O S

La Seguridad Social Española ha venido denegando las prestaciones por maternidad solicitadas, dado que la ley 14/2006 de Reproducción asistida, proclama la nulidad del contrato de maternidad por sustitución.

Recientemente, el Tribunal Supremo, ha reconocido la maternidad por subrogación como una situación protegida a los fines de la prestación por maternidad, adopción o acogimiento, mediante dos sentencias de fechas 25 de octubre y 16 de noviembre de 2016.

En el caso resuelto por la Sentencia dada a conocer por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 2016 (sentencia número 953/2016) se trata de una trabajadora que tiene un hijo en virtud de un contrato de gestación por sustitución, hijo que consta inscrito en el Registro del Consulado de España en Los Ángeles (EEUU), figurando como madre la actora y como padre su pareja varón.

En el otro supuesto resuelto por la sentencia de fecha 25 de octubre de 2016, se trata de un español que concierne una reproducción asistida en la India, utilizándose su material genético. La madre gestante alumbró dos niñas y aceptó que el hombre asumiera, en exclusiva, "todas las funciones y obligaciones que deriven de la patria potestad". Las menores fueron inscritas en el Registro del Consular como hijas de los padres biológicos, siendo trasladadas a España por su progenitor.

En ambos casos la Seguridad Social Española denegó las prestaciones por maternidad solicitadas.

Nuestro Alto Tribunal distingue dos planos perfectamente diferenciados: 1) el relativo al contrato de gestación por sustitución y su nulidad legalmente establecida y 2) el relativo a la situación del menor, al que no puede perjudicar la nulidad del contrato; haciendo una interpretación reintegradora de las normas aplicadas contempladas a la luz de la jurisprudencia del TEDH y de diversos preceptos constitucionales, legales y reglamentarios.

En el caso del varón, se recuerda que las prestaciones por maternidad también cubren supuestos de adopción o acogimiento, que la madre puede transferir al padre una parte de ellas y que, en ciertos casos, cuando la madre biológica no puede disfrutarlas (muerte, ausencia de protección) se transfieren al padre, como debe hacerse en esa ocasión.

El Tribunal Supremo también advierte que no se aprecia conducta fraudulenta, que la atención a los menores es el punto de vista predominante cuando se trata de prestaciones de Seguridad Social, quedando al margen las prohibiciones sobre inscripción registral o sobre el propio contrato de maternidad por sustitución, dejando claro que no se está creando una prestación de Seguridad Social, sino interpretando las exigencias de las actuales conforme a las exigencias del ordenamiento jurídico.

II. CONCLUSIONES PRÁCTICAS.

Con las cautelas lógicas que hay que tomar en consideración a la hora de tratar una cuestión tan controvertida como es en la actualidad la maternidad por sustitución y tras el estudio de ambas sentencias, podemos alcanzar las siguientes conclusiones, sujetas en todo caso a interpretación:

1ª) Que, pese a que en España este tipo de técnica de reproducción no está permitida, la realidad nos demuestra que muchos ciudadanos españoles recurren a otros países donde esta práctica sí es legal, acudiendo posteriormente a la inscripción del menor en el Registro Civil, bien a través de filiación directa por sentencia judicial o bien a través de un procedimiento de adopción cuando no se ha podido determinar la filiación directa por sentencia judicial.

ALEDIA

ABOGADOS

2ª) Que nuestro Tribunal Supremo reconoce la maternidad por subrogación como una situación protegida a los fines de la prestación por maternidad, adopción o acogimiento, atendiendo al interés superior del menor, dejando al margen las prohibiciones sobre inscripción registral o sobre la nulidad del propio contrato de maternidad por subrogación.

FIN DEL DOCUMENTO

ALEDIA ABOGADOS

El presente boletín divulgativo contiene información de carácter general, sin que constituya opinión profesional ni asesoramiento jurídico, y se emite bajo la condición de mejor criterio o parecer fundado en Derecho.