



AGUJEROS EN LA REGULACIÓN JURÍDICA ESPAÑOLA ANTE LAS FAMILIAS MONOPARENTALES Y LA GESTACIÓN SUBROGADA

HOLES IN SPANISH LEGAL REGULATION REGARDING SINGLE-PARENT FAMILIES AND SURROGACY

María Elisa Cuadros Garrido ¹

Resumen: La estructura y dinámica de las familias en España y Europa están experimentando cambios profundos debido a transformaciones demográficas. El presente estudio analiza dos tendencias emergentes, por un lado, la creciente presencia de familias monoparentales protagonizada abrumadoramente por madres y el aumento de la gestación subrogada con un registro en la última década, se han registrado más de 2.500 nacimientos mediante gestación subrogada. En todos estos casos, el bienestar del menor constituye el prisma a través del cual se deben abordar todas las cuestiones relacionadas, tanto a nivel de normativa internacional como nacional en España, se pone el acento en la perspectiva del Derecho de la Seguridad Social de las dos cuestiones conflictivas objeto de análisis.

Palabras Clave: interés superior del menor, familias monoparentales, gestación por sustitución, prestaciones de seguridad social

¹Profesora contratada, doctora en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia (España). ORCID 0000-0003-0297-5330. Correo: Maríaelisa.cuadros@um.es

Abstract: The structure and dynamics of families in Spain and Europe are experiencing profound changes due to demographic transformations. The present study analyzes two emerging trends, on the one hand, the growing presence of single-parent families overwhelmingly carried out by mothers and the increase in surrogacy with a registry in the last decade, more than 2,500 births have been registered through surrogacy. In all these cases, the well-being of the minor and constitutes the prism through which all related issues must be addressed, both at the level of international and national regulations in Spain, the emphasis is placed on the perspective of Social Security Law of the two conflicting issues under analysis.

Keywords: best interest of the child, single-parent families, surrogacy, social security benefits

I. Delimitación

El Derecho de familia vive en España, y en Europa, una profunda transformación como resultado del cambio de la sociedad a nivel demográfico ya que existen claros cambios en la composición de los hogares como los siguientes: aumento del divorcio, retraso en la emancipación de los jóvenes e incremento en la edad en la que las personas deciden convertirse en padres, lo cual se debe a diversos factores, entre ellos merece destacarse el hecho de que muchas mujeres están inmersas en el mercado laboral y optan por postergar la maternidad para avanzar en sus carreras profesionales. Esta tendencia hacia la maternidad tardía conlleva dificultades adicionales para concebir de manera natural, lo que produce recurrir a técnicas de reproducción asistida. Este fenómeno no solo se limita a parejas estables, sino que también se observa entre mujeres que desean tener hijos sin necesidad de otra persona, así como en parejas homosexuales que buscan tener descendencia propia utilizando técnicas como la donación de esperma u óvulos. Dentro de este contexto, cabe destacar, dos fenómenos relativamente novedosos, por un

lado, la existencia cada vez más numerosa de familias monoparentales y por otro, el fenómeno *in crescendo* de la gestación subrogada en la que según el en la última década en España se han registrado más de 2.500 bebés nacidos bajo esta técnica (Pascua, 2023).

En todo caso, el prisma sobre lo que todo debe girar es desde el interés superior del menor, tanto el marco normativo internacional como el español establecen diversas medidas de protección que pueden ser aplicadas por los Tribunales con el fin de prevenir situaciones perjudiciales para los menores. En el ámbito jurídico español, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, regula medidas a todos los menores y abarca situaciones más allá de las relaciones entre padres e hijos, incluyendo aquellas vinculadas a la tutela y la guarda. Esta ley también otorga al Juez la facultad de adoptar estas medidas de manera cautelar al inicio o durante cualquier proceso civil o penal. En esencia, se busca promover la agilidad y la prontitud en todos los procedimientos administrativos

y judiciales relacionados con menores, con el propósito de evitar daños innecesarios que podrían surgir debido a la inflexibilidad de dichos procedimientos.

Por otro lado, en lo referente a la gestación subrogada,

Hay que añadir que no disponemos de un Derecho Internacional capaz de resolver el problema; no se encuentra una solución en el derecho internacional de los derechos humanos, en el derecho internacional público. Pero tampoco en los tratados de derecho internacional privado, pues no disponemos de un tratado que regule la filiación o la gestación subrogada, a semejanza de lo que ocurre con la adopción internacional, para la que sí disponemos de dicho instrumento de derecho internacional privado cual es el Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993. (Pino, 2022, p. 304)

Pero, no encontramos en el derecho internacional normas que de manera específica se refieran a la gestación subrogada, por lo que se dificulta la protección de los derechos de la madre gestante y del menor nacido de una gestación subrogada. Un claro ejemplo lo encontramos en la propia jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pues cuando resuelve cuestiones relativas a la gestación subrogada no se pronuncia reprobación de esta, como mucho se refiere

a sus efectos (las tres sentencias que se enumeran a continuación tienen votos disidentes de la mayoría, por lo que, en este terreno, nos movemos en aguas movedizas).

- En la STEDH (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos) 31 agosto 2023, caso C. contra Italia, en relación a la denegación de la inscripción de la demandante como hija de su padre biológico, nacida mediante gestación subrogada en Ucrania se considera que existe un incumplimiento de la obligación positiva de los Estados miembros, y a pesar de su margen de apreciación, de proteger el interés superior del menor con un proceso exento de formalismo excesivo, capaz de alcanzar este interés independientemente de posibles vicios procesales. La transcripción del acta de nacimiento de Ucrania de la demandante al figurar la "madre no biológica" supone una cuestión de orden público que prohíbe la gestación subrogada, pero ha de valorarse el interés superior de la menor reconociéndole la posibilidad de inscribirla como hija adoptiva, pues la situación de incertidumbre prolongada que se ejerce en nombre de la recurrente que, con cuatro años edad, no ha podido establecer su filiación y continúa siendo apátrida y, por ello, ha de ser amparada.

-Por su parte, la STEDH 6 diciembre 2022, caso K.K. y otros contra Dinamarca, considera que hay una violación de derechos humanos en la denegación de la inscripción de los demandantes segundo y tercero como hijos adoptivos de la primera, esposa del padre biológico de los niños, nacidos en Ucrania mediante gestación subrogada, a pesar de que no existen otras posibilidades

de reconocimiento legal de madre-hijo. Se produce un impacto negativo en el derecho de los niños al respeto de su vida privada debido a la inseguridad jurídica con respecto a su identidad dentro de la sociedad y de la insuficiencia de medidas legales para compensar la denegación de la adopción de hijastros, la ponderación es inadecuada en el caso de los niños.

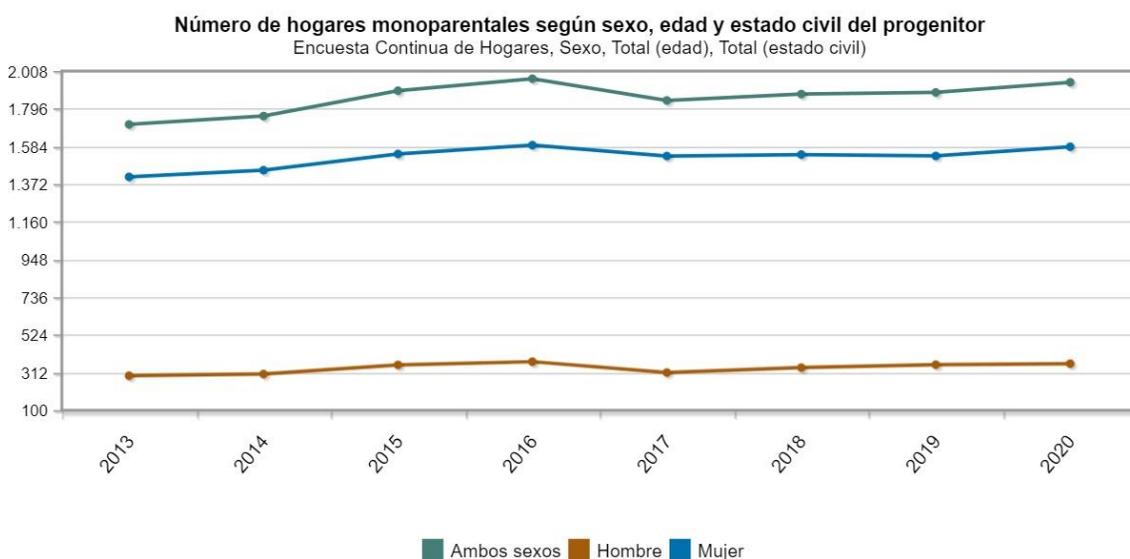
- Por último, la STEDH 22 noviembre 2022, Caso D.B. y otros contra Suiza, resuelve el caso de gestación subrogada encargada por pareja de homosexuales, miembros de una unión registrada que les habían denegado el reconocimiento de vínculo de filiación entre el miembro de la pareja no padre biológico y el hijo nacido en el extranjero, de conformidad con la sentencia y certificado de nacimiento californianos al ser un tipo de gestación prohibida en Suiza. El Tribunal Europeo

declara que el no reconocimiento de sentencias extranjeras que son incompatibles con el orden público suizo, supone un fraude de ley, además la vida familiar de ambos padres no resulta afectada de manera significativa, por lo que no hay violación de derechos humanos. A mayor abundamiento, existe la posibilidad de adopción del menor por el miembro de la pareja, padre no biológico, prevista tardíamente por el legislador, aquí si hay un margen de apreciación excedido y una vulneración de los derechos humanos.

II. Familias monoparentales
2.1 Análisis de la cuestión

En territorio español, respecto a la estadística, la Encuesta Continua de Hogares (ECH) del Instituto Nacional de Estadística realiza una foto antigua pues sus datos están actualizados a fecha de cierre de 2020, con arreglo al siguiente gráfico:

Figura 1



Fuente: Instituto Nacional de Estadística, 2020.

Del gráfico anterior se desprende la presencia abrumadora de la mujer en este tipo de familias y observamos una tendencia en la última línea del gráfico al alza, mientras que en el género masculino es estable.

En España los núcleos familiares de una sola persona con menores presentan un mayor riesgo de pobreza que aquellos trabajadores en familias formadas por dos adultos con menores, el perfil del empleado

que tiene más probabilidades estadísticas de pobreza laboral severa presentaría las siguientes características: mujer, con cargas familiares, con estudios inferiores o iguales a la educación secundaria, con contrato temporal y en empresas pequeñas (Ibañez, M. & Terejo, A. & López, F., 2021).

Las familias con un solo progenitor en España suelen ser de género femenino ya que 8 de cada 10 son mujeres, representando el estado español es el país de la Unión Europea con mayor número de mujeres que se ven obligadas a postergar la decisión de tener hijos hasta pasados los 40 años (Ministerio de Derechos Sociales Consumo y agenda 2030, 2024).

El hecho de que una sola persona sea responsable del cuidado de la familia presenta numerosas dificultades, especialmente relacionadas con la necesidad de equilibrar el trabajo y la vida familiar. Estas dificultades se intensifican cuando la persona a cargo es mujer, debido a los roles de género en la sociedad, la responsabilidad de criar hijos, y la dificultad para conciliar plenamente las responsabilidades laborales y familiares. Esto coloca a las mujeres en una situación desigual desde el principio, a la que se suman los desafíos inherentes a la crianza en solitario. Las dificultades específicas de las familias monoparentales se observan principalmente en dos áreas: socioeconómica y psicosocial (López, N. & Moreno, L. & Verde, C., 2022).

Pese a lo anterior, el sistema de la Seguridad Social en España no regula la situación de la familia monoparental como un riesgo social y, por ello, no se considera

una situación protegida, únicamente el art. 182.3.b) de la Ley General de Seguridad Social (LGSS) recoge su definición "entendiendo por tal la constituida por un solo progenitor con el que convive el hijo nacido y que constituye el sustentador único de la familia". Tampoco la LGSS en su art.177 estipula directamente la duración de la prestación por nacimiento y cuidado de menor, sino que efectúa una remisión al Estatuto de los Trabajadores (ET) y al Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), al indicar que "se consideran situaciones protegidas el nacimiento, la adopción, la guarda con fines de adopción y el acogimiento familiar", durante los períodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en el ET y en el EBEP.

Por su parte, la LGSS regula en sus artículos 177 y siguientes la prestación por nacimiento y cuidado de menor, anteriormente conocida como maternidad y paternidad, que es una modalidad contributiva. La situación protegida por la misma es la pérdida de ingresos experimentada por aquella persona trabajadora que vea su contrato de trabajo suspendido por el disfrute de los periodos de descanso previstos, bien en los apartados 4, 5 y 6 del art. 48 ET, ET), y en el art 49 del EBEP y se prevé el disfrute de 16 semanas para la madre biológica y otras 16 semanas para el otro progenitor que son intransferibles de un beneficiario a otro.

La redacción actual deriva del Real Decreto Ley 6/2019, de 1 de marzo y sobre la misma conviene destacar la equiparación de la duración de la

suspensión contractual entre ambos progenitores, así como la obligatoriedad de disfrute conjunto de las seis semanas posteriores al parto y la prohibición de transferencia del derecho entre progenitores, que se justificó, según el preámbulo de la norma por responder a la existencia de una clara voluntad y demanda social. (Tribunal Supremo, sala cuarta Social, 3972 /2023, segundo párrafo del fd. 3.2)

Conforme a la interpretación actual jurisprudencial, que consideramos es, lamentablemente literal, no integradora, cabe adelantar que las 16 semanas del otro progenitor que en estos supuestos es inexistente, no acrecen a la prestación de la madre biológica porque el legislador no lo ha previsto y los tribunales entienden que no pueden ir más allá de la norma porque excederían competencias. Consideramos que las familias monoparentales deben recibir igualmente la prestación por nacimiento y cuidado de hijos que las familias biparentales. Las regulaciones deben priorizar la protección del menor, lo cual no se alinea con la concepción de un derecho individual e intransferible para cada progenitor. El juez tiene la facultad de efectuar una interpretación amplia y comprensiva del texto legal del art. 177 y ss. de la Ley de Seguridad Social, conforme a lo previsto en el art. 4 de la Ley Orgánica 3/2007 del 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que recoge que se ha de realizar una integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas y que la igualdad

de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas.

Por otro lado, el art.182.3 LGSS se regula el subsidio no contributivo con una duración de cuarenta y dos días naturales a contar desde el parto y se prevé en el apto c) del mismo cuerpo legal que dicha duración se incrementará en 14 días naturales en el supuesto de nacimiento de hijo en una familia monoparental, entendiéndose por tal la constituida por un solo progenitor con el que convive el hijo nacido y que constituye el sustentador único de la familia.

No obstante, lo anterior resulta recomendable apuntar que en España se está tramitando un proyecto legislativo que si resulta positivo dará origen a una nueva Ley de Familias o reforma de la actual en la que las familias monoparentales dispondrán de un título de acreditación oficial. Este título se tendrá en cuenta para el acceso preferente a distintos servicios públicos, y, en particular, va a ofrecer la posibilidad de que tengan 16 semanas de educación infantil de forma gratuita dentro de los primeros 24 meses de vida del hijo o la hija. Además, se equiparán los derechos de las familias monoparentales con dos hijos a los de las familias numerosas (Ministerio de Derechos Sociales Consumo y agenda 2030, 2024).

Por su parte las comunidades autónomas se han adelantado al legislador nacional aprobando en el seno de su

territorio diferentes leyes, cabe señalar los ejemplos de La Rioja y Murcia; respectivamente, Ley de familias monoparentales de La Rioja, 3/2023 y Ley reconocimiento de la condición de familia monoparental de Murcia 1/2023, pero tal intento deviene insuficiente, que al no poder invadir competencias no pueden abarcar lo más importante que es la reforma del texto de la Seguridad Social que es competencia del Estado.

2.2 La principal sentencia en la materia: STS (Sala Social) 2 marzo 2023

El Tribunal Supremo, en Pleno, en la STS 2 marzo 2023, estima el recurso de casación para la unificación de doctrina, interpuesto por el Ministerio Fiscal, para casar y anular la sentencia de fecha 6-10-2020, dictada por la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco, aclarada por auto de fecha 3-11-2020 y declarando la firmeza sentencia del Juzgado de lo Social, sobre prestaciones y establece como doctrina jurisprudencial respecto de la prestación por cuidado y nacimiento de hijo, en el caso de familias monoparentales no procede el reconocimiento de una nueva prestación, distinta a la ya reconocida en su caso, y coincidente con la que hubiera correspondido al otro progenitor.

Es, por tanto, improcedente el reconocimiento al único progenitor de una familia monoparental de la prestación por nacimiento y cuidado de menor que le hubiera correspondido al otro progenitor en

supuestos en los que ya se le ha reconocido dicha prestación propia. En definitiva, que, en una familia monoparental, la única progenitora que en su día disfrutó de la prestación por nacimiento y cura del menor no tiene derecho, además, a la prestación que le hubiera correspondido al otro progenitor de haber existido.

La sentencia no obtuvo la unanimidad pues contó con dos magistrados disidentes que consideraron que es posible realizar una interpretación integrada de los artículos 177 y concordantes de la LGSS y del art. 48.4 ET y, esa interpretación integradora permite concluir que, la afectada tenía derecho a la prestación que pretende².

A través de este pronunciamiento el Tribunal Supremo se aparta de la tesis seguido por varios Tribunales Superiores de Justicia durante el año 2022, los cuales a través de varias resoluciones judiciales, entre otras, citar la STSJ Cataluña nº 6389/2022, de 29 de noviembre de 2022, la STSJ País Vasco nº 1137/2022, de 31 de mayo de 2022, y la STSJ Aragón nº 99/2022, 14 de febrero de 2022; reconocían y/o confirmaban la ampliación de la prestación por nacimiento y cura de menor a las familias monoparentales en base al principio de igualdad y el interés superior del menor.

Posteriormente, el Alto Tribunal en la STS 30 enero 2024 reitera la anterior doctrina sobre la prestación por nacimiento y cuidado del menor en las familias monoparentales, en supuestos en los que ya se le ha reconocido dicha prestación propia

² Voto del Magistrado Excmo. Sr. D. Ignacio García-Perrote Escartín al que se adhiere la Magistrada Excmo. Sra. D. ^a Rosa María Virolés Piñol.

al titular del derecho y no resulta una exigencia que derive ni de la Constitución Española, ni de ninguna norma de la Unión Europea, ni de ningún acuerdo o tratado internacional ratificado por España.

Sin duda, en España dada la regulación actual y su aplicación por los tribunales resulta innegable la mayor vulnerabilidad de la familia monoparental, situación que persistirá sino se adoptan con urgencia las medidas legales de acción positiva pertinentes (Monoreo, 2023). Cabe esperar que el Tribunal Supremo resuelva el conflicto de manera semejante a como lo ha hecho en otros célebres pronunciamientos en el ámbito de los derechos de conciliación en los que ha salvado las lagunas normativas que generaban desigualdad de trato aplicando el criterio del interés superior del menor y/o interpretando la norma con perspectiva de género (García, 2022).

III. Gestación subrogada

3.1 La nueva posición europea ¿será definitiva?

Es sabido que la maternidad subrogada o vientre de alquiler, es un proceso mediante el cual una mujer denominada "gestante" o "madre sustituta", tiene un embarazo *in vitro* y da a luz a un bebé en nombre de otra persona o pareja, quienes serán los padres intencionales o comitentes del niño.

Respecto a la gestación por sustitución, en España constituye una práctica ilegal, un contrato nulo de pleno derecho, pero existen contradicciones entre la norma y la interpretación, ya que, como veremos, se regularizan los efectos de dicha práctica cuando se ha acudido a su práctica

en países donde esta se autoriza. En el seno de la Unión Europea el 23 de enero de 2024 y el Consejo Europeo y el Parlamento Europeo han alcanzado un acuerdo provisional para añadir la maternidad subrogada como un tipo de explotación protegido por la legislación europea contra la trata de seres humanos (junto al matrimonio forzado y la adopción ilegal como prácticas deleznable bajo el paraguas protector UE (Unión Europea) lo que supondrá la modificación de la Directiva 2011/36/UE del parlamento europeo y del consejo de 5 abril de 2011, la actualización de la mencionada requerirá que los estados de la UE se aseguren de que las personas que utilizan conscientemente los servicios proporcionados por las víctimas de la trata puedan enfrentar sanciones (Consejo de la Unión Europea, 2024).

No obstante, lo anterior, queremos traer a colación la regulación existente en diferentes países europeos:

-En Reino Unido y Países Bajos está permitida con diversas restricciones como para las mujeres sin útero, por enfermedades congénitas, afectadas por formas graves y no controladas de diabetes infarto-juvenil u otras patologías que desaconsejen la gestación y aquellas mujeres que, tras intentar y fracasar con las técnicas de reproducción asistida autorizadas actualmente (desde la inseminación artificial a la fecundación *in vitro* con donación de ovocitos) no tengan otra forma de ser madres (García & Ayala 2017).

-En Rumanía la legislación no permite la subrogación ni el procedimiento de reproducción humana médicamente asistida por parte de una pareja del mismo sexo³.

3.2. Situación en España a nivel legal

Conforme a lo preceptuado en la Ley 14/2006, de 26 de mayo de Técnicas de Reproducción Humana Asistida⁴, en su art. 10.1 regula que 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. El art. 10.3 del mismo cuerpo legal permite reclamar la paternidad correspondiente al hijo y de la filiación paterna por parte del padre biológico. Asimismo, la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, dedica sus arts. 32 y 33 a la prevención de la gestación por subrogación o sustitución y a la prohibición de la promoción comercial de la gestación por sustitución, respectivamente.

Los ciudadanos españoles que tienen intención de optar por la gestación por sustitución realizan una especie de turismo reproductivo, ya que la legislación al respecto es diferente por países, por ello, acuden a otros estados que sí permiten esta práctica, siendo el destino más frecuente

Estados Unidos. Otros procesos de este tipo son frecuentes también en México, Tailandia, Vietnam, Laos y Ucrania (este último estado hasta el inicio de la actual guerra con Rusia). Una de las primeras resoluciones de la Dirección General del Notariado y Registros (DGNR) fue del 18 de febrero de 2009 y ordenaba la inscripción en el Registro Civil español del certificado hospitalario del nacimiento de un niño concebido a través de un contrato de gestación por prevalecer el interés superior del menor y dicha protección se considera que constituye el objetivo esencial de la referida instrucción, esta resolución resuelve la impugnación, por parte de una pareja de comitentes homosexuales, de la denegación de inscripción en el Registro Civil español de un niño concebido a través de un contrato de gestación por sustitución en EEUU concretamente California, aunque sí que se llegó a inscribir en el Registro civil californiano. La denegación de la inscripción se hizo en base a que atentaba contra el orden público español. Este pronunciamiento, resuelve que se proceda a inscribir a los menores en el Registro civil español. Cabe apuntar que la DGNR un año después cambió el criterio con la Instrucción de 5 de octubre de 2010 y pidió como requisito indispensable sentencia judicial, no bastando el informe médico del alumbramiento, exigencia que sigue vigente hoy en día.

³ Con la entrada en vigor del nuevo Código Civil, en el año 2011, el legislador rumano reguló por primera vez la reproducción humana médicamente asistida.

⁴ Cabe detallar que la primera normativa fue la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, BOE núm. 282, de 24 de noviembre de 1988, páginas 33373 a 33378 que

resultó reformada por Ley 45/2003, de 21 de noviembre, BOE núm. 280, de 22 de noviembre de 2003, páginas 41458 a 41463 con la finalidad de resolver el problema grave y urgente de la acumulación de preembriones humanos sobrantes, cuyo destino no está determinado.

Los españoles tienen dos posibles vías de inscripción de la filiación y la paternidad por gestación por sustitución, una, la del Consulado español en el país correspondiente donde el parto tiene lugar y otra la del Registro Civil en España.

Con relación al Consulado Español cuando el interesado tiene su domicilio en España, cabe la inscripción directamente en el registro civil consular del lugar de nacimiento por concurrir un interés legítimo, según recoge Resolución de 1 de septiembre de 2017 de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

En lo concerniente a las peticiones en registros civiles se pueden efectuar en territorio español, si concurren los instrumentos necesarios para que la filiación tenga acceso al Registro Civil español:

1º) Cuando uno de los progenitores sea de nacionalidad española, como vía de reconocimiento a efectos registrales de su nacimiento.

2º) La inscripción registral en ningún caso puede permitir que con la misma se dote de apariencia de legalidad supuestos de tráfico internacional de menores.

3) Que no se haya vulnerado el derecho del menor a conocer su origen biológico (art. 7.1 de la Convención de las Naciones Unidas de 20 de noviembre 1989, ratificada por Instrumento de Ratificación de 30 de noviembre de 1990 y art. 12 de Ley de

Adopción Internacional Ley 54/2007, de 28 de diciembre).

Es importante señalar que ha de concurrir la observancia de dos requisitos principales que son:

1º) Existencia de una sentencia judicial⁵.

2º) Cumplir con la Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución que recoge lo siguiente:

a) La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado.

b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española.

c) Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante.

d) Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente.

⁵ La Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 también exige el auto judicial que ponga fin al procedimiento de exequátur, cuando la resolución extranjera se dictó en el seno de un procedimiento de naturaleza contenciosa, salvo que la resolución

judicial derive de un procedimiento equiparable a un procedimiento español de jurisdicción voluntaria, en cuyo caso basta con el reconocimiento incidental de la resolución como requisito previo a su inscripción por el encargado del Registro Civil.

e) Que la resolución judicial sea firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado.

En ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante.

También hay que añadir que siempre ha de primar el interés superior del menor, de acuerdo con lo exigido por el art. 3 de la Convención de 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño⁶. El art. 26.2 de la citada Convención indica, con relación a las prestaciones de la Seguridad Social, que:

Las prestaciones deberían concederse, cuando corresponda, teniendo en cuenta los recursos y la situación del niño y de las personas que sean responsables del mantenimiento del niño, así como cualquier otra consideración pertinente a una solicitud de prestaciones hecha por el niño o en su nombre.

Posteriormente, la Resolución de 19 de diciembre de 2014 de la Dirección General de los Registros y del Notariado ratificó los extremos de la anterior instrucción, en el sentido de que es inscribible en el Registro español, el nacimiento en el extranjero de un menor mediante gestación por sustitución cuando existe resolución judicial dictada por el órgano jurisdiccional competente en la que se determina la filiación del nacido y si se recoge el libre consentimiento y la renuncia expresa de la madre gestante⁷. Cabe matizar que es discutible que exista una aceptación libre por parte de la madre gestante cuando es por todos sabido que acepta, sin duda, por una situación de necesidad. Los consentimientos otorgados por las madres subrogantes están comprometidos, ya que en ciertas circunstancias las entidades intermediarias abusan de su posición de poder, especialmente en lo que respecta a la situación económica. Este hecho conduce inevitablemente a un conflicto significativo entre consideraciones éticas e intereses económicos. En un contexto dominado por el capitalismo, generalmente prevalecen estos últimos, donde el poder del dinero es lo suficientemente influyente como para reducir a las personas a meros objetos (Sánchez & Romero, 2020).

En relación la maternidad de la gestante, a la madre comitente constituye

⁶ Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. BOE, núm. 313, de 31 de diciembre de 1990, páginas 38897 a 38904.

⁷ La Instrucción de 5 de octubre 2010 Dirección General de los Registros y del Notariado, matiza que la exigencia de resolución judicial extranjera, permite constatar la plena capacidad jurídica y de obrar de la

mujer gestante, la eficacia legal del consentimiento prestado por no haber incurrido en error sobre las consecuencias y alcance del mismo, ni haber sido sometida a engaño, violencia o coacción o la eventual previsión y/o posterior respeto a la facultad de revocación del consentimiento o cualesquiera otros requisitos previstos en la normativa legal del país de origen. Igualmente, permite verificar que no existe simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubra el tráfico internacional de menores.

un obstáculo en la subrogación, el acta de nacimiento se emite con la gestante como madre biológica y la comitente, debe solicitar la modificación del certificado

3.3. Resoluciones judiciales españolas de interés en materia de gestación subrogada

3.3.1. Orden contencioso administrativo

STSJ Madrid 7 mayo 2021⁸, por medio de esta resolución se confirma el pronunciamiento de instancia que concedía el permiso de maternidad a funcionario que es padre biológico de una niña nacida mediante gestación por sustitución. Se declara la procedencia por la prevalencia del interés superior del menor, que ha de primar, dadas las peculiaridades de este tipo de gestación, el bebé solo conoce desde su nacimiento un núcleo familiar que es el formado con su padre biológico, desvinculándose por completo de la madre, sin que la nulidad del contrato de gestación subrogada pueda justificar una privación de derechos y cuidados del menor.

3.3.2. Orden social

- STS 21 diciembre 2022. El Tribunal Supremo declara en esta sentencia que tiene derecho a la prestación de paternidad la adoptante del hijo biológico de su cónyuge, aunque el padre ya haya disfrutado de la prestación de maternidad, pues el disfrute del permiso de maternidad por la madre o el padre

biológicos no impide que la persona adoptante lo haga en el momento de surgir esa condición, ya que la propia Ley establece ese momento como el preceptivo para que surja el hecho causante, y aunque exista convivencia familiar desde el nacimiento, acaecido tras gestación subrogada, situación que es inocua a los efectos de lucrar la prestación de Seguridad Social por adopción.

- STSJ Cataluña 25 febrero 2022 proclama que en relación con el hijo nacido por gestación por sustitución y existiendo una verdadera integración del menor en el núcleo familiar del progenitor subrogado las prestaciones asociadas a la maternidad han de satisfacerse.

- STSJ Aragón 14 octubre 2021 concede la prestación de maternidad por gestación subrogada: en su momento el Instituto Nacional de Seguridad Social, denegó la prestación porque en el momento del hecho causante el solicitante se encontraba trabajando, pero lo cierto es que no pudo solicitar la prestación hasta que no se materializó la inscripción del menor en el Registro Civil por lo que reconocimiento de la prestación de seguridad social es procedente.

- STSJ Cataluña 2 marzo 2020, en un supuesto de maternidad por gestación subrogada, el Tribunal considera que se cumplen de los requisitos exigidos para lucrar la prestación de seguridad social ya

⁸ El TSJ de Madrid desestima el recurso de apelación interpuesto por la Administración General del Estado contra una Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 16 de Madrid, dictada en fecha

3-11-2020, estimatoria del recurso deducido frente a una Resolución del delegado del Gobierno en Madrid, de 13-12-2018, sobre reconocimiento de permiso de maternidad a funcionario.

que la beneficiaria que aparece como progenitora en la partida de nacimiento, estando inscritos los hijos en el domicilio familiar, siendo irrelevante el hecho de que en la inscripción del registro consular aparezca la madre biológica de los menores.

-STS (Pleno) 25 octubre 2016. La sentencia procede al reconocimiento al trabajador, quien es el padre biológico a través de un contrato de gestación por sustitución, y cuyas hijas están oficialmente inscritas en el Registro Civil del Consulado de España en Nueva Delhi. Según el Convenio Europeo de Derechos Humanos, se garantiza el derecho a la inscripción de menores nacidos mediante gestación por sustitución en ciertos casos, pero no se condiciona el derecho a la protección social. El sistema legal español proporciona vías para mitigar las consecuencias de la negativa a la inscripción oficial. No se considera discriminatorio denegar el permiso por maternidad u otras prestaciones asociadas en estos casos. La Sala IV recoge que la Sala I del Tribunal Supremo ha determinado que las leyes civiles españolas que anulan los contratos de maternidad por subrogación impiden que los niños nacidos a través de esta técnica en un tercer país puedan ser inscritos como hijos de quienes recurrieron a dicha técnica. Sin embargo, la Sala I advierte que, si los menores tienen relaciones familiares de hecho y están integrados

verdaderamente en el núcleo familiar, se debe permitir el desarrollo y la protección de esos vínculos. Por lo anterior, la Sala de lo Social del TS afirma que, aunque la LGSS no contempla específicamente este caso, ello no impide su interpretación en línea con los objetivos constitucionales de protección al menor, sin importar su filiación, y de conciliación de la vida familiar y laboral.

Por último, dadas las espinosas cuestiones, no es de extrañar los tres votos particulares que recoge la sentencia:

-El primer voto particular, se centra en la falta de homogeneidad de la sentencia de contraste objeto de recurso de casación unificación doctrina, por ello, no reviste mucho interés para la cuestión que nos ocupa.

-El segundo voto particular, posee dos adhesiones en otro dos⁹ y considera que no ha de llamarse a engaño pues lo que está en juego no es tanto el «interés del menor», cuanto el «estatus de padres» a los subrogantes en la gestación subrogada tradicional y piensan que otra cosa habría de afirmarse sobre la subrogación «gestacional».

- El tercer voto particular al que se adhieren dos magistrados más¹⁰, parte de que en España el contrato de gestación por sustitución es nulo de pleno derecho, aunque no medie precio, lo que comporta que la filiación materna la determine el parto, y el recurrente para burlar esa

⁹ Magistrado Excmo. sr. d Luis Fernando de Castro Fernández, y al que se adhiere el magistrado Excmo. sr. d. José Luis Gilolmo López.

¹⁰ Magistrado Excmo. Sr. D. José Manuel López García de la Serrana, y al que se adhieren los Magistrados Excma. Sra. Doña María Milagros Calvo Ibarlucea y Excmo. Sr. D. Jesús Souto Prieto.

prohibición se fue a un país donde se permite la gestación por sustitución y conseguir un hijo de una madre de alquiler. Al obrar de esa manera lo ha hecho en fraude de ley y en perjuicio de tercero que puede impugnar la validez de la inscripción registral por contraria al orden público español cuando le piden pagar una prestación con base en ella. No hacían falta indicios de fraude porque el propio actor reconocía el contrato de gestación por sustitución y la renuncia de la madre a sus derechos y obligaciones, hecho que suponía un abandono que facilitaba el acceso a la prestación, al servir de palanca para consumir el fraude mediante una renuncia nula.

IV. Reflexiones finales

Como primera conclusión, partiendo de que sabemos que demanda social y doctrinal de modificar la ley para satisfacer la legítima solicitud de las familias monoparentales se encuentra en curso, pero mientras no entre en vigor se está desprotegiendo a la familia monoparental que sigue sufriendo penurias económicas. Podemos afirmar que, aunque no esté claramente establecido, el juzgador puede realizar una interpretación amplia e integradora del texto legal de la Ley de Seguridad Social, de acuerdo con la Ley Orgánica de Igualdad, y en virtud de ello, la prestación de nacimiento no priva a los hijos de familias monoparentales del mismo período de cuidado que a los padres nacidos en familias biparentales.

Como segunda reflexión conclusiva, hemos observado que la ley vigente establece la nulidad de los contratos de

gestación por sustitución, pero si les da prestaciones de Seguridad Social, es decir, les enriquece cuando debían denegárseles y además sancionárseles desde el derecho administrativo a quienes llevan a cabo esta práctica con multas pecuniarias muy elevadas, pues ello supondría una maniobra disuasoria. Resulta deseable que la iniciativa europea se fragüe y se establezca la gestación como una forma prohibida en el seno de la Unión Europea y e, incluso, se penalice esta práctica, a quienes realicen estas actividades fuera de territorio europeo, ello tendrá un efecto inmediato, con un claro descenso de padres comitentes.

Como opinión propia, en relación con la gestación por sustitución, se considera que existen otras formas de optar por tener hijos como es la adopción y está fuera de la moral y de la ética diseñar “un bebé a la carta”, jugando a ser Dios, pues ello es del todo reprobable, no se puede mercadear con la vida de un ser humano, como proclama el TS ni la madre gestante ni el bebé no pueden ser meros objetos, despojados de la dignidad inherente a su condición de seres humanos. Se ha de velar de algún modo por la protección de la madre gestante (que nunca responderá el patrón de una señora adinerada, sino todo lo contrario es una persona con una situación de necesidad) que presumimos, debe tener un trauma posterior irreparable, por el que, sin duda, se le hace pasar. Tampoco debemos olvidar al menor, por primar su interés superior que siempre ha de resultar protegido en el seno de la Unión Europea y nunca puede resultar con un estatus de apátrida, pero su/sus

progenitor/es si deberían pagar un alto coste por sus prácticas deleznable.

Por último, de todo lo manifestado, hemos observado cómo los tribunales interpretan la ley de Seguridad Social de una forma estricta para las familias monoparentales que, obviamente son legales, y se les limitan los subsidios, sin embargo, se otorgan prestaciones de seguridad social a las personas que provienen de un negocio nulo que es la subrogación por sustitución ¿Esto es un mundo jurídico al revés? Si no lo es, lo parece.

Bibliografía

Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (20 de noviembre de 1989).

<https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-child#:~:text=de%20sus%20facultades.-,3.,libertades%20fundamentales%20de%20los%20dem%C3%A1s.>

Directiva 2011/36/UE del parlamento europeo y del consejo de 5 abril de 2011 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas (2015). Diario Oficial de la Unión Europea. <https://www.boe.es/doue/2011/101/L00001-00011.pdf>

Estatuto Básico del Empleado Público. Real Decreto-ley 6/2019 (2019). Boletín Oficial del Estado.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/03/07/pdfs/BOE-A-2019-3244.pdf>

García, B. (2022). Permisos por nacimiento y cuidado de menor y su discutida acumulación por el progenitor único en caso de familia monoparental para preservar el interés del menor. *Revista de Jurisprudencia Laboral* (6), 1-8.

https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-L-2022-00000001928

García, J., & Ayala, M. (2017). Turismo reproductivo y maternidad subrogada. *Derecho y salud*, 27, 200-208.

<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6334695.pdf>

Ibañez, M., Tejero, A., & López, F. (2021). Pobrezas laborales antes y después de la Gran Recesión (2009-2019). *Empiria: Revista de metodología de ciencias sociales* (60), 41-70.

<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/9253872.pdf>

Instituto Nacional de Estadística (2020). *Número de hogares monoparentales según sexo, edad y estado civil del progenitor.*

<https://www.ine.es/jaxi/Tabla.htm?path=/t20/p274/serie/prov/p01/l0/&file=01017.px&L>

Instrumento de ratificación del Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993 (1995). Boletín Oficial del Estado.

[https://www.boe.es/eli/es/ai/1993/05/29/\(1](https://www.boe.es/eli/es/ai/1993/05/29/(1)

Ley 1/2023, de 23 de febrero, por la que se regula el reconocimiento de la condición de familia monoparental en la Región de Murcia (2023). Boletín Oficial del Estado.

Ley 14/2006, de 26 de mayo de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (2006). Boletín Oficial del Estado.

Ley 14/2006, de 26 de mayo de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (2006). Boletín Oficial del Estado.

Ley 3/2023, de 7 de marzo, de familias monoparentales en La Rioja (2023). Boletín Oficial del Estado.

Ley General de Seguridad Social. Real Decreto Legislativo 8/2015 (2015). Boletín Oficial del Estado.

Ley Orgánica 1/1996. Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (15 de enero de 1996). Boletín Oficial del Estado.
<https://www.boe.es/eli/es/lo/1996/01/15/1/con>

Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (2007). Boletín Oficial del Estado.

López, N., Moreno, L. & Verde, C. (2022). Revisión conceptual y normativa de las familias monoparentales en España, *Revista Internacional de Trabajo Social y Bienestar* (11), 15-25.

<https://revistas.um.es/azarbe/article/view/546851/333921>

Ministerio de Derechos Sociales, Consumo y Agenda 2030. (27 de febrero de 2024). *Dos leyes en un día: Bustinduy presenta la Ley de Familias y la Ley de Atención a la Clientela*.
<https://www.mdsocialesa2030.gob.es/comunicacion/noticias/derechos-sociales/20240227-Ley-familias-y-ley-atencion-clientela.htm>

Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Boletín Oficial del Estado.
<https://www.boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-11430-consolidado.pdf>

Monereo, J. (2023). Familia monoparental y permiso de paternidad: ¿es posible la acumulación y disfrute de los dos permisos en un solo progenitor por vía de interpretación jurídica finalista?", *Revista de Jurisprudencia Laboral* (3), 1-14.
https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-L-2023-00000002393

Pascua, M. (30 de marzo de 2023). España ha registrado más de 2500 bebés por gestación subrogada a pesar de que la práctica es ilegal en nuestro país. *Onda Cero*.
<https://www.ondacero.es/noticias/sociedad/espana-registrado-mas-2500-bebes-gestacion-subrogada-pesar-que-practica-ilegal-nuestro->

[pais_202303306425888f1036390001_ab9bc4.html](https://www.pais.es/revista/202303306425888f1036390001ab9bc4.html)

Pino, A. (2022). *La jurisprudencia bioética del Tribunal Europea de Derechos Humanos: aborto, reproducción y eutanasia* [Tesis para optar al grado de Doctor, Universidad de Barcelona]. Tesis doctorals en xarxa. <https://www.tesisenred.net/handle/10803/675923#page=1>

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 ocupación. Boletín Oficial del Estado.

Sentencia 783/2023. <https://www.icaoviedo.es/res/comun/biblioteca/5134/TS.%20LABORAL.pdf>

Sentencia del 2 de marzo del 2023. Tribunal Supremo, sala cuarta Social, 3972/2023.

STS 21 diciembre 2022, rec. 3763/2019 (ECLI:ES:TS: 2022:4943).

STS 25 octubre 2016, rec. 3818/2015.

STS 30 enero 2024, rec. 4074/2021 (ECLI:ES:TS: 2024:1107).

STSJ Aragón 14 octubre 2021, rec. 585/2021 (ECLI:ES: TSJAR: 2021:1006).

STSJ Cataluña 2 marzo 2020, rec. 5193/2019 (ECLI:ES: TSJCAT: 2020:2348).

STSJ Cataluña 25 febrero 2022, rec. 3406/2021 (ECLI:ES: TSJCAT: 2022:2147).

STSJ Madrid 7 mayo 2021 rec. 297/2021 (ECLI:ES: TSJM: 2021:5079). El TSJ

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (22 de noviembre de 2022). Caso D.B. y otros contra Suiza.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (31 de agosto de 2023). Caso C. contra Italia.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (6 de diciembre de 2023). Caso K.K. y otros contra Dinamarca.