

## **El contrato de trabajo frente a los tratamientos de reproducción asistida: la fecundación in vitro y la gestación subrogada.**

De un tiempo a esta parte, distintos factores han provocado un fuerte aumento en el recurso a los tratamientos de reproducción asistida a la hora de procrear. Y, al igual que sucede dentro de otros campos de conocimiento, estos procedimientos plantean una problemática muy específica en el seno de la relación laboral. Así pues, en el presente trabajo se lleva a cabo un análisis sobre las principales dudas e interrogantes que surgen cuando un trabajador acude a estas técnicas reproductivas; muy especialmente en lo referido a los eventuales permisos o ausencias, la suspensión de su contrato de trabajo y la extinción contractual basada en tales causas.

### **I. Introducción**

Como se sabe, los avances científico-médicos han posibilitado que, en la actualidad, la reproducción humana pueda favorecerse y llevarse a cabo a través de toda una serie de métodos que se aúnan en la categoría amplia de *reproducción asistida*. La OMS define los tratamientos de reproducción asistida como el conjunto de técnicas o procedimientos que implican la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo; incluyendo la fecundación *in vitro* y la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos, la transferencia intratubárica de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones, y la gestación subrogada.

De un tiempo a esta parte, el recurso a este tipo de tratamientos se ha extendido muy notoriamente dentro de las sociedades occidentales y, por otro lado, encontramos razones de corte social que también influyen en este fuerte aumento en la demanda de los diversos tratamientos de reproducción asistida, como el surgimiento de nuevos modelos de familia alternativos al tradicional: las familias monoparentales y homoparentales.

Desde luego, este fenómeno abre un colorido abanico de cuestiones, siempre de la máxima trascendencia, a nivel psicológico, sociológico, ético, moral, religioso... y, por supuesto, legal. Por lo que aquí interesa, resulta evidente que la situación de los trabajadores y, sobre todo, trabajadoras que participan en este amplio conjunto de técnicas y procedimientos que englobamos bajo la categoría de «tratamientos de reproducción asistida» impactará de lleno en la dinámica de su relación laboral. En efecto, tales tratamientos generan al trabajador una serie

de necesidades específicas relacionadas con su contrato de trabajo, lo que exige plantearse qué respuestas ofrecer a esta problemática desde la normativa laboral.

Así pues, el objetivo declarado de este trabajo no es otro que el de reflexionar acerca de los distintos interrogantes que abre la reproducción asistida en el seno de la relación laboral; y, una vez identificados, valorar, en cada caso, la solución más ajustada a derecho. De entre todos los tratamientos de reproducción asistida existentes, el estudio se enfocará, sobre todo, a través de la fecundación *in vitro* y la gestación subrogada, por ser éstos los que mejor cristalizan los problemas que enfrenta el trabajador afectado y, de hecho, los que más debate han suscitado en el seno de la doctrina y la jurisprudencia. Y, por lo que se refiere a la estructura del texto, se realizará un recorrido a través de las etapas más determinantes que puede experimentar el contrato de trabajo en relación a estas situaciones: en primer lugar, el eventual disfrute de permisos retribuidos o ausencias en estos casos; a continuación, la posible suspensión del contrato de trabajo; y, por último, la extinción del contrato de trabajo basada en tales circunstancias.

## **II. Permisos y ausencias con motivo de los tratamientos de reproducción asistida**

Como puede fácilmente imaginarse, en el contexto de un tratamiento de fecundación *in vitro* la trabajadora podría verse en la necesidad de ausentarse de su puesto de trabajo de forma puntual para asistir a las consultas médicas pertinentes. Y, por su parte, los padres comitentes de un contrato de gestación por sustitución también podrían verse en esa misma tesitura con motivo de la realización de distintos trámites médicos (en su caso) y burocráticos. Por lo tanto, cabe plantearse si estos trabajadores tendrían derecho a canalizar tales pretensiones a través de alguno de los cauces previstos en la legislación vigente.

### **1. Tratamiento de la fecundación «in vitro»**

Así, en primer lugar, surge la duda de si esa trabajadora que se estuviese sometiendo a un tratamiento de fecundación *in vitro* podría solicitar a su empresario un permiso para asistir a las consultas médicas inherentes a este tratamiento (básicamente, y sin ánimo de exhaustividad: estimulación ovárica, punción ovárica, fecundación de los óvulos y transferencia de embriones).

Pues bien, a este respecto debe afirmarse que no se encuentra en la normativa vigente derecho alguno que reconozca al trabajador un permiso para asistir a consultas médicas en horario de trabajo.

De modo que, en principio, la trabajadora tendría que asistir a las consultas médicas concernientes a su tratamiento de fecundación *in vitro* fuera de su jornada de trabajo. Ahora bien, sería perfectamente posible que el convenio colectivo sí programase este tipo de permisos para asistir a *consultas médicas* durante el horario de trabajo en caso de enfermedad del trabajador. En tal caso, podría surgir la duda de si un tratamiento de fecundación *in vitro* tendría, o no, acogida en una cláusula convencional, que, por ejemplo, permitiese a los trabajadores «asistir a consultas médicas durante el horario de trabajo en caso de enfermedad». Pues bien, según mi parecer y dado que la OMS califica expresamente la infertilidad como una enfermedad los tratamientos inherentes a la fecundación *in vitro* tendrían exactamente la misma consideración a estos efectos que cualquier otra dolencia o patología del trabajador; por lo que, si el convenio colectivo reconociese un permiso de este tipo, la trabajadora sometida a un tratamiento de fecundación *in vitro* tendría derecho a ejercerlo sin ningún tipo de especialidad.

Otra posibilidad es que el convenio colectivo, o incluso el propio contrato de trabajo, reconociese a los trabajadores un determinado número de días de asuntos propios. Si ese fuera el caso, es obvio que la trabajadora podría utilizarlos para acudir a las intervenciones médicas exigidas por su tratamiento de fecundación *in vitro* durante su horario de trabajo; debiendo atenerse siempre, eso sí, a los términos y condiciones fijados por el convenio o el contrato respecto a la recuperabilidad y retribución de esas horas de ausencia.

La última opción que cabría plantearse es si, en estos supuestos, sería posible algún tipo de extensión analógica del derecho recogido en el [art. 37.3 f\)](#) del [ET \(RCL 2015, 1654\)](#); que, como se sabe, reconoce a los trabajadores un permiso retribuido para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto, así como para, en los casos de adopción o acogimiento, o guarda con fines de adopción, asistir a las preceptivas sesiones de información y preparación y la realización de los informes psicológicos y sociales previos a la declaración de idoneidad. Pues bien, para llevar a cabo una reflexión madura sobre si el permiso recogido en el [art. 37.3 f\)](#) del ET sería extensible al supuesto de una trabajadora sometida a un tratamiento de fecundación *in vitro*, resulta necesario dirigir previamente la vista hacia el recorrido evolutivo que ha experimentado este derecho.

Como se sabe, en un principio, el [37.3 f\)](#) del ET permitía a las trabajadoras embarazadas ausentarse del trabajo, sin pérdida retributiva, para acudir a la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto durante el tiempo indispensable y siempre que dichas asistencias debiesen tener lugar, necesariamente, dentro de su horario de trabajo. De este modo, la Ley contemplaba exclusivamente el supuesto de la maternidad biológica y, en cambio, quedaban fuera del ámbito de aplicación del derecho las distintas

actividades que deben llevarse a cabo con carácter previo a la adopción. Esta circunstancia suscitó importantes críticas en el seno de la doctrina científica, pues se esgrimía que, del mismo modo que la gestación desemboca finalmente en la maternidad natural, el adecuado desarrollo del correspondiente proceso administrativo conduce a la postre a la filiación adoptiva; por lo que los padres adoptantes merecían un permiso retribuido equivalente al de la trabajadora embarazada. Y, así, bajo estas premisas, la [Ley 26/2015, de 28 de julio \(RCL 2015, 1181, 1896\)](#), de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, introdujo en el [art. 37.3 f\)](#) del ET una protección específica para los casos de adopción, acogimiento o guarda con fines de adopción.

Por lo tanto, una vez identificado el verdadero argumento que condujo al legislador a integrar a los padres adoptantes dentro del campo subjetivo de este derecho, no resulta descabellado plantearse la posibilidad de que el permiso del [art. 37.3 f\)](#) pudiese ser disfrutado también por la trabajadora sometida a un tratamiento de fecundación *in vitro*. En efecto, la evolución legislativa de este derecho refleja con toda claridad que su finalidad no es otra que la de impedir que las obligaciones profesionales puedan suponer un obstáculo en el camino que, según sus circunstancias, recorra cada trabajador hacia la maternidad o paternidad. Ahora bien, lo cierto es que la formulación del precepto es absolutamente taxativa; y, dado que durante las fases previas de la fecundación *in vitro* la trabajadora no está todavía clínicamente embarazada (y, desde luego, tampoco estaríamos ante un supuesto de adopción ni acogimiento), debe concluirse que, según su redacción vigente, el [art. 37.3 f\)](#) no resulta aplicable en estos casos. Por ello, lo que estimo oportuno es una propuesta *de lege ferenda* para que, avanzando en la línea marcada por la [Ley 26/2015 \(RCL 2015, 1181, 1896\)](#), se amplíe el espectro de este derecho y se ofrezca, a toda aquella trabajadora que se someta a un tratamiento de fecundación *in vitro*, una protección equivalente a la de la trabajadora ya embarazada o la de los padres adoptantes. Así, según la hipotética reforma normativa que planteo en relación con el [art. 37.3 f\)](#) del ET, la trabajadora que se sometiese a un tratamiento de fecundación *in vitro* tendría derecho a disfrutar un permiso para ausentarse de su puesto de trabajo por el tiempo indispensable para asistir a las pertinentes sesiones de estimulación ovárica, punción ovárica, fecundación de los óvulos y transferencia de embriones cuando éstas debiesen tener lugar necesariamente durante su jornada de trabajo.

## **2. Tratamiento de la gestación por sustitución**

Llegado este punto, es necesario plantearse si, en el marco de un proceso de gestación por sustitución, los padres comitentes tendrían derecho a algún tipo de permiso o ausencia. Lo que ocurre es que una rápida mirada a los perm

retribuidos vigentes en nuestro ordenamiento revela, de entrada, una naturaleza jurídica y una estructura en la que resultaría muy difícil encajar las verdaderas necesidades de dichos padres comitentes.

En efecto, como se sabe, los permisos retribuidos, regulados esencialmente en el [art. 37.3](#) del ET, proveen una suerte de licencias en virtud de las cuales el trabajador puede ausentarse del trabajo durante breves periodos de tiempo cuando hubiese de enfrentarse a determinadas situaciones, siempre muy puntuales y de corta duración.

Sin embargo, la, cuanto menos, difusa y controvertida legalidad de la gestación por sustitución en el ordenamiento jurídico español provoca que los padres intencionales que recurren a este procedimiento reproductivo acudan a países extranjeros donde sí se admite esta técnica.

Además, a ello se suma el hecho de que las complejas y variadas etapas y actuaciones que engloba una gestación por sustitución implican que el trabajador deba permanecer en el país extranjero en cuestión durante largos periodos de tiempo. De modo que, dados estos condicionantes, parece palmario que ningún permiso retribuido, necesariamente breve y circunstancial, podría amparar las verdaderas necesidades de los padres comitentes en un contrato de gestación por sustitución.

Es por ello que, en realidad, la principal pretensión de los trabajadores que acuden a este proceso reproductivo es la de aspirar a la suspensión de su contrato de trabajo por maternidad y recibir la consiguiente prestación económica de la Seguridad Social. Y justo esta cuestión es la que se aborda en el siguiente apartado de este trabajo.

### **III. La suspensión del contrato y la prestación por maternidad en la gestación por subrogada**

La gestación por sustitución, también llamada maternidad subrogada o –con una acusada impronta ideológica– «vientre de alquiler» es una técnica de reproducción asistida consistente en que una mujer gesta en su útero a un hijo para otra persona o una pareja. En realidad, dentro de la gestación por sustitución encontramos dos modalidades distintas. En la primera, la gestación por sustitución tradicional, una pareja o una persona soltera celebra un contrato o convenio con una madre gestante que se compromete a entregarles a ellos, en calidad de padres comitentes, al hijo que nazca fruto de una inseminación artificial en la que la madre gestante aporta su propio material genético (pues son sus óvulos los que se fecundan), mientras que el esperma provendría bien del padre comitente (lo que le convertiría, así, en padre biológico del recién nacido) o bien de un donante.

Como se observa, en este primer caso la madre gestante sería, innegablemente, la madre biológica del recién nacido a todos los efectos, ya que no solo lo gestaría en su vientre, sino que también le aportaría sus genes. Por su parte, la gestación por sustitución «gestacional» se distingue de la modalidad anterior en que la madre gestante ya no aporta su material genético, sino que queda embarazada después de serle implantado en el útero un cigoto formado por la unión del gameto femenino de otra mujer (podría ser de la madre comitente o de una tercera mujer que lo donase) y del gameto masculino (que, igualmente, podría provenir del padre comitente o de un varón donante). Y, paralelamente, en todos los casos anteriores también podríamos clasificar la gestación subrogada como comercial o altruista, en función de si la madre gestante recibe una contraprestación lucrativa o, por el contrario, únicamente recibe una compensación de naturaleza indemnizatoria que contemplase el daño emergente –con relación a las molestias físicas o gastos médicos– y el lucro cesante –derivado de los ingresos no percibidos con motivo de su embarazo y parto–. Como se sabe, este fenómeno de la gestación por sustitución ha provocado, de

un tiempo a esta parte, un fortísimo impacto en la conciencia de nuestra sociedad, en un sentido tanto cuantitativo (por el número total de hijos nacidos de gestación subrogada que llegan a nuestro país desde el extranjero como cualitativo (en relación a la relevancia mediática de muchas de las personas que han recurrido a esta vía para ser padres. Lo cual, unido a las delicadísimas cuestiones éticas y morales a las que afecta la maternidad subrogada, ha terminado por suscitar un acalorado debate ideológico en el seno de la opinión pública; tal y como muestran los innumerables artículos de prensa sobre esta materia, las infinitas entradas de blogs y páginas web que aparecen en internet (desde colectivos que defienden una y otra postura) o, también, la gran acogida de las producciones cinematográficas que abordan este fenómeno

Pues bien, en paralelo a este inevitable y a la vez necesario debate político-social, se hace ineludible abordar un estudio jurídico, sistemático y pausado, sobre el estado actual de la materia. Y, por lo que se refiere a los objetivos propuestos en este trabajo, parece imprescindible examinar la posibilidad de que, en la situación de vigencia actual, los padres comitentes en un proceso de gestación por sustitución disfruten, o no, de la suspensión de su contrato de trabajo por maternidad y reciban la consiguiente prestación económica del sistema de seguridad social.

## **1. Marco jurídico actual de la gestación subrogada en España**

Antes de entrar a valorar la posibilidad de que los trabajadores disfruten de la suspensión por maternidad el contexto de una gestación por sustitución es necesario dibujar las complejas y difusas líneas que enmarcan este fenómeno

en el ordenamiento jurídico español. En este sentido, debe acudir en primer lugar, y por razones de especialidad, al [art. 10](#) de la Ley 14/2006, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Y es que, como se sabe, el citado artículo declara la nulidad del *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*. De este modo, el eventual contrato de gestación por sustitución celebrado en España sería nulo de pleno derecho, careciendo así de efecto jurídico alguno. Si bien se observa, ello implica que los padres comitentes no podrán obligar a la mujer gestante a entregarles al recién nacido, ni podrán exigirle tampoco ningún tipo de indemnización por los perjuicios derivados del incumplimiento de un contrato nulo, incluso aunque se le hubiesen entregado determinadas cantidades por los gastos derivados del embarazo y la gestación. En fin, en relación a la referida nulidad del contrato para la gestación por sustitución en España se ha afirmado que, incluso al margen de lo establecido en la [Ley 14/2006 \(RCL 2006, 1071\)](#), el contrato de maternidad subrogada habría de considerarse ilícito por mor del [art. 1271](#) de [CC \(LEG 1889, 27\)](#), que establece que no pueden ser objeto de

contrato las cosas que están fuera del comercio; como es el caso, desde luego, del cuerpo humano.

De manera coherente con la declarada nulidad del contrato de gestación por sustitución, el propio [art. 10](#) de la Ley 14/2006 prevé que, llegado el caso, la filiación de los hijos nacidos a través de ese procedimiento reproductivo se determinará por el parto, y la madre del recién nacido será, justamente, la mujer que lo haya alumbrado. Y ello con total independencia de que esa mujer que ha dado a luz al niño fuese su *madre genética* o no; lo cual significa que la [Ley \(RCL 2006, 1071\)](#) le reconoce la maternidad a la mujer que efectivamente gesta al niño, también, cuando nos encontrásemos ante una maternidad subrogada «gestacional», en la que le habrían transferido al útero un cigoto formado por el óvulo de otra mujer (que podría ser, incluso, la madre comitente o intencional) y un espermatozoide.

Ahora bien, por lo que se refiere a la figura paterna, el propio [art.10](#) de la Ley 14/2006 contempla en su punto tercero la posibilidad de que el padre biológico reclamase la paternidad conforme a las reglas generales. Así, la [Ley \(RCL 2006, 1071\)](#) garantiza que, en caso de que el padre comitente o intencional hubiese aportado su propio material genético, sería finalmente reconocido como padre del recién nacido a todos los efectos.

Por otra parte, y ya desde la perspectiva del Derecho Penal, surge la duda de si la conducta de la madre gestante y los padres intencionales o comitentes podría acarrear alguna responsabilidad en este terreno. Y es que, de hecho, el [art. 221](#) del [CP \(RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777\)](#) fija penas de prisión de 1 a 5 años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad de 4 a diez 10 años para

los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concorra 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. Y, además, en su punto 2 prevé estas mismas penas para la persona que reciba al menor y el intermediario, aunque la entrega se hubiese efectuado en país extranjero.

Desde luego, si la lectura de este [art. 221](#) del CP se enfoca a la luz de las nociones previas que ofrece el [art. 10](#) de la Ley 14/2006, la conclusión es que la conducta de la madre gestante, los padres comitentes e incluso el eventual intermediario entre las partes en el contexto de un contrato de gestación por sustitución sí podría ser sancionable a nivel penal. En efecto, toda vez que el [art. 10.2](#) de la Ley 14/2006 establece que la filiación en los supuestos de gestación por sustitución quedará determinada por el parto, la mujer gestante y a la sazón verdadera madre del menor estaría entregando a su hijo a los padres comitentes eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación y mediando para ello una compensación económica. Por lo tanto, considero que tal conducta encajaría en el tipo penal del

[art. 221](#) del CP. Además, debe advertirse que la norma extiende extraterritorialmente la aplicación de la Ley penal española para aquellos casos en que esta conducta se desarrollase en el extranjero pero terminase propagando sus efectos al territorio y al ordenamiento jurídico español; tal y como se desprende de la aplicación del [art. 23.2](#) de la [LOPJ \(RCL 1985, 1578, 2635\)](#) y el [art. 3](#) del [Protocolo Facultativo \(RCL 2002, 300\)](#) de la [Convención sobre los Derechos del Niño \(RCL 1990, 2712\)](#) hecho en Nueva York el 25 de mayo del 2000 y ratificado por España y que entró en vigor el 18 de enero del 2002.

Por todo cuanto se ha visto hasta ahora, resulta evidente que quienes pretendan recurrir a la gestación por sustitución para ser padres acudirán, con toda seguridad, a países extranjeros donde el ordenamiento jurídico sí admita esta figura. En efecto, el panorama jurídico que se abriría a los padres intencionales o comitentes dentro del territorio nacional es ciertamente desalentador: una contundente declaración de nulidad del contrato celebrado para la gestación por sustitución por mor del [art. 10](#) de la Ley 14/2006 y la posibilidad de incurrir nada menos que en la comisión de un delito contra las relaciones familiares recogido en el [art. 221](#) del CP. Por lo tanto, no es de extrañar que la realidad práctica muestre que el itinerario generalizado para acceder a la paternidad por vía de la gestación subrogada pase por acudir a un país extranjero donde se desarrollará íntegramente todo el proceso: celebración del contrato, realización de las

intervenciones médicas pertinentes, nacimiento del menor y posterior formalización de los trámites legales y burocráticos oportunos.

Así, lo que debe examinarse una vez llegado este punto es en qué términos y condiciones puede producirse la inscripción en el Registro Civil español de la relación paterno-filial de los padres comitentes y los hijos nacidos en el extranjero a través de este procedimiento reproductivo; cuestión que ha planteado importantísimos problemas interpretativos y aplicativos.

Pues bien, sobre este asunto tuvo ocasión de pronunciarse la Sala Primera del Tribunal Supremo en su trascendental [Sentencia de 6 de febrero de 2014 \(RJ 2014, 833\)](#) (Rec. 245/2012). En ella se valora si procedería trasladar al Registro Civil español la inscripción del nacimiento de unos niños mellizos practicada por las autoridades del estado norteamericano de California, que fijaban la filiación a favor de un matrimonio homosexual de españoles que habían actuado como padres comitentes en un contrato de gestación por sustitución. Y la respuesta del Alto Tribunal fue que tal decisión de la autoridad estadounidense no debía ser admitida en el Registro Civil español ni reconocida en nuestro ordenamiento jurídico.

El hilo argumental de la citada [Sentencia \(RJ 2014, 833\)](#) comienza con la observación de que la libre circulación de personas propicia que, cada vez con más frecuencia, las relaciones jurídicas y económicas se proyecten al mismo tiempo sobre distintos ordenamientos jurídicos; lo que a su vez proporciona a los sujetos implicados la posibilidad de elegir, ante una misma situación, entre respuestas jurídicas diferentes. Sin embargo, recuerda la Sala, «esta posibilidad de elección tiene unos límites que, en lo que aquí interesa, vienen constituidos por el respeto al orden público». De modo que el orden público se erige como una frontera insoslayable para las decisiones de las autoridades extranjeras, que no podrán ser reconocidas por nuestro ordenamiento jurídico cuando colisionasen con este límite.

En este sentido, la Sala, en su fallo mayoritario, afirma que las normas aplicables a la gestación por sustitución (en concreto el [art.10](#) de la Ley 14/2006, que declara nulo tal contrato) forman parte del orden público internacional español. Y, para sostener esta afirmación, el TS se manifiesta con la máxima contundencia al aseverar que estas técnicas reproductivas «vulneran la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, cosificando a ambos, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de ciudadanía censitaria en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población».

Son estas razones las que llevan a la Sala a considerar que la decisión de la autoridad registral de California de reconocer la filiación al matrimonio de

españoles que contrató la gestación por sustitución con la mujer que dio a luz a la pareja de mellizos en dicho estado es contraria al orden público internacional español; pues conculca normas que regulan valores y principios constitucionales, como la dignidad de la persona, el respeto a su integridad moral y la protección de la infancia. Y es por ello que no cabe reconocer dicha decisión registral extranjera en lo que respecta a la filiación de los recién nacidos.

Por otra parte, el TS aclara que no su fallo no incurre en discriminación por razón de sexo u orientación sexual y que tampoco vulnera el principio del interés superior del menor. En relación a esto último, los padres intencionales apelaban a la situación de desprotección en que se dejaría a los menores de no inscribir su filiación en el Registro Civil español. No obstante, el Supremo sostiene de un modo, a mi juicio, convincente que la filiación de los menores no puede surgir de un contrato de gestación por sustitución, contrario a la Ley y el orden público, sino que la única respuesta válida frente a la situación planteada es acudir a las figuras legalmente reconocidas por nuestro ordenamiento jurídico, como la adopción o el acogimiento familiar. Además, si el padre comitente hubiese aportado su propio material genético, podrá reclamar que se reconozca su paternidad a todos los efectos; lo que, a su vez, abriría la puerta a que el cónyuge del reconocido padre biológico se convirtiese en padre adoptivo del menor sin necesidad siquiera de que mediase la ordinaria declaración de idoneidad por parte de la autoridad pública competente.

En efecto, esgrimían los recurrentes que negar la inscripción en el Registro Civil español de la filiación de los recién nacidos, en el supuesto de autos, resultaría discriminatorio; pues, en cambio, sí sería posible inscribir a los hijos de una pareja de mujeres unidas en matrimonio o por relación análoga en la que una de ellas diese a luz tras someterse a un tratamiento de reproducción asistida. Sin embargo, el Tribunal, acertadamente, desarma con facilidad tal argumento al señalar que no cabe apreciar trato discriminatorio cuando concurre una desigualdad sustancial entre los supuestos de hecho, tal y como aquí sucede. Y es que la verdadera causa que fundamenta el fallo de la Sala no es que ambos solicitantes sean varones, sino que la filiación pretendida arranca con un contrato de gestación por sustitución contrario al orden público; por lo que la solución adoptada sería exactamente la misma si los comitentes de este contrato fuesen una pareja de mujeres, una pareja heterosexual o una persona soltera.

También se sostenía en el recurso de casación que privar de su filiación a la pareja de mellizos recién nacidos vulneraría el principio del interés superior del menor, que como mejor se salvaguardaría sería reconociendo la filiación en favor de los padres comitentes, que han manifestado su consentimiento inicial para ser sus padres, en el lugar de la mujer que los dio a luz, que asumió su papel de mera parte en el contrato. Sin embargo, de nuevo acertadamente, según mi parecer, el TS rechaza la tesis de los recurrentes. Y es que la cláusula general

del principio de interés del menor es un concepto jurídico indeterminado y esencialmente controvertido, que debe ponderarse de manera conjunta a otros principios, como la integridad y dignidad de la mujer gestante y el propio menor para así impedir la mercantilización de uno y otro. Pero es que, sobre todo, el principio del interés superior del menor no puede ser enarbolado por el juez para alcanzar cualquier resultado, sino que debe recurrirse a él para interpretar la Ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar las disposiciones legales expresas e inequívocas (como es el caso del [art. 10](#) de la Ley 14/2006). Tal y como dispone el punto 3 del [art.10](#) de la Ley 14/2006. Así se desprende del [art. 176.2](#) del [CC \(LEG 1889, 27\)](#).

Tras esta destacada [Sentencia \(RJ 2014, 833\)](#) del Tribunal Supremo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronunció sobre esta cuestión en sendas sentencias: [Mennesson contra Francia \(PROV 2014, 176908\)](#) y [Labassee contra Francia \(PROV 2014, 176905\)](#), ambas de 26 de junio de 2014. En ellas, la corte europea concluyó que el Estado francés había conculcado el [art. 8](#) del [Convenio Europeo de Derechos Humanos \(RCL 1999, 1190, 1572\)](#) cuando denegó la inscripción en el registro civil francés de la filiación determinada por una autoridad extranjera en que se reconocía como padres a los comitentes de un contrato de gestación por sustitución. El argumento principal que el TEDH esgrimía para sostener el sentido de estos fallos es que la denegación de la inscripción en el Registro Civil francés vulneraba el derecho a la identidad de los recién nacidos, que en ambos casos eran hijos biológicos de los padres comitentes.

Pues bien, a raíz de estas dos Sentencias del TEDH, la Dirección General de los Registros y del Notariado entiende que se ha producido un giro de ciento ochenta grados en el panorama jurisprudencial que deja atrás el criterio expuesto por el TS en su [Sentencia de 06/02/2014 \(RJ 2014, 833\)](#), por lo que, a través de una Circular de 11 de julio de 2014, declara plenamente vigente su [Instrucción de 5 de octubre de 2010 \(RCL 2010, 2624\)](#). En la citada [Instrucción \(RCL 2010, 2624\)](#), la DGRN, básicamente, permite la inscripción en el Registro Civil de los hijos nacidos mediante un contrato de gestación por sustitución siempre que se den tres requisitos: que el proceso reproductivo se haya desarrollado en un país cuya legislación lo permita, que al menos uno de los progenitores sea español y, sobre todo, que la filiación se derive de una resolución judicial firme dictada por el tribunal extranjero competente.

No obstante, pese a las conclusiones que podrían extraerse de esta decisión de la DGRN, diversas razones inducen a pensar que la inscribibilidad del nacimiento y la filiación en el Registro Civil español de los hijos nacidos por maternidad subrogada en países extranjeros sigue siendo, cuanto menos, una cuestión muy discutible; incluso aunque, como exige la DGRN, exista una resolución judicial firme dictada por el tribunal extranjero competente. En primer lugar, porque el propio TS confirmó su [Sentencia de 6 de febrero de 2014](#).

mediante un [Auto de 2 de febrero de 2015 \(RJ 2015, 141\)](#) . En efecto, el TS alega que las SSTEDH [Mennesson \(PROV 2014, 176908\)](#) y [Labassee \(PROV 2014, 176905\)](#) se basaban en el hecho de que la autoridad registral francesa había negado la filiación de los recién nacidos aun cuando el padre comitente en estos contratos de gestación por sustitución era el verdadero padre biológico; sin embargo, la [STS de 06/02/2014 \(RJ 2014, 833\)](#) ya preveía la posibilidad de que el padre comitente fuese también el padre biológico, y apuntaba las soluciones existentes en el ordenamiento jurídico español para que, en ese caso, sí se reconociese la filiación conforme a las reglas generales.

Pero es que, además, el [art. 96.2](#) de la nueva [Ley del Registro Civil \(RCL 2011, 1432\)](#) establece que se procederá a inscribir en el Registro Civil las resoluciones judiciales extranjeras siempre que se verifique el cumplimiento de toda una serie de requisitos, entre los que destaca el de que *la inscripción de la resolución no resulte manifiestamente incompatible con el orden público español*. Y, como ya se ha analizado, resulta que el TS es absolutamente firme al aseverar que el contrato de gestación por sustitución colisiona frontalmente con el orden público internacional español; lo que, a mi juicio, sería motivo suficiente por sí solo para denegar la inscripción en el Registro Civil español de la resolución judicial extranjera que declara la relación de filiación entre el menor nacido en el contexto de un contrato de gestación por sustitución y los padres intencionales o comitentes [Ley 20/2011 \(RCL 2011, 1432\)](#). [\(RCL 1978, 2836\)](#) y nuestra sociedad reconocen a la mujer.

En fin, por todo cuanto se ha visto, resulta evidente que la inscripción en el Registro Civil español de los hijos nacidos en el extranjero por gestación subrogada dista todavía mucho de ser una cuestión pacífica y resuelta, pese al convencimiento que muestra en su proceder la DGRN. Y es por ello que las resoluciones registrales que, en la práctica, están reconociendo la filiación de los hijos nacidos en el extranjero por gestación subrogada quedan bajo la sombra de una eventual impugnación ante los órganos judiciales, que podrían invalidarlas al arbitrio del criterio sostenido por la Sala I del TS. Parece, así, irremediable que futuros advenimientos en el panorama jurídico reconfiguren, una vez más, la compleja y confusa situación actual.

## **1. La suspensión por maternidad y la consiguiente prestación de la Seguridad Social**

Así pues, una vez se ha trazado el intrincadísimo marco jurídico general de la gestación por sustitución, es momento de abordar la cuestión de si los padres comitentes o intencionales podrían disfrutar en España de la suspensión del contrato de trabajo por maternidad y de la consiguiente prestación económica de la Seguridad Social.

Como se sabe, el [art. 48](#) del ET prevé la suspensión del contrato de trabajo con reserva del puesto en los casos de parto y también en los de adopción, guarda

con fines de adopción y acogimiento. Y, por su parte, el [art. 177](#) de la [LGSS \(RCL 2015, 1700 y RCL 2016,170\)](#) considera que son exactamente estas mismas situaciones las que generan el derecho a percibir la prestación económica por maternidad. Por tanto, en principio, parecería que la Ley excluye del campo de aplicación de estos derechos a los padres comitentes en un contrato de gestación por sustitución, pues tal supuesto no se encuentra entre los expresamente tasados por la norma. Sin embargo, la jurisprudencia, tanto comunitaria como interna, se ha pronunciado sobre este particular con notables efectos prácticos y aplicativos. Hasta el punto de que, como se verá, la lectura de todo ese constructo jurisprudencial conduce a la conclusión de que, en España, los padres comitentes en un convenio de gestación subrogada sí tienen derecho a disfrutar de la suspensión de su contrato de trabajo y la consiguiente prestación por maternidad. En el seno del Derecho Comunitario, son especialmente relevantes las dos SSTJUE de 18 de marzo de 2014, [asuntos C-167/12 \(TJCE 2014, 113\)](#) y [C-363/12 \(TJCE 2014, 112\)](#). En la primera de ellas, el TJUE concluye que, en relación al [art. 8](#) de la [Directiva 92/85/CEE \(LCEur 1992, 3598\)](#), los Estados miembros no están obligados a garantizar un permiso por maternidad a las trabajadoras que figurasen como madres de un menor nacido mediante un convenio de gestación por sustitución. Y el argumento principal que baraja la Corte de Luxemburgo para abrazar esta conclusión es que la verdadera finalidad de la norma comunitaria es la de proteger la salud de la madre biológica tras el parto; por lo que la condición de madre comitente o intencional en un procedimiento maternidad subrogada no encajaría en el ámbito subjetivo del derecho. Además, el TJUE aclara que, por lo que se refiere al [art. 2.1](#) de la [Directiva 2006/54/CE \(LCEur 2006, 1696\)](#) denegar el permiso de maternidad a la trabajadora que se encuentre en las citadas circunstancias no constituye una discriminación directa por razón de sexo, pues el padre comitente o intencional recibiría exactamente la misma respuesta ante esta pretensión. Y, asimismo, tampoco cabe entender que tal denegación del permiso por maternidad suponga un

*trato menos favorable a una mujer en relación con el embarazo*, ya que, en realidad, la madre intencional nunca estuvo embarazada del recién nacido ni le dio a luz.

Por su parte, la segunda de estas SSTJUE, relativa al [asunto C-363/12 \(TJCE 2014, 112\)](#), reproduce, en esencia, estos mismos esquemas argumentales, si bien aporta una nueva clave interpretativa al hilo de las características particulares que presentaba el supuesto de hecho sobre el que se pronuncia. Resulta que, en este caso, se planteaba la duda de si la denegación del permiso por maternidad a la madre comitente o intencional en un convenio de gestación por sustitución podría resultar discriminatorio por razón de discapacidad, dado que la trabajadora en cuestión había acudido a dicho procedimiento reproductivo

por padecer una rara afección en el útero que le impedía gestar (aunque no aportar sus propios óvulos). Pues bien, a este respecto la Corte de Luxemburgo entiende que tal denegación no contraviene la [Directiva 2000/78/CE \(LCEur 2000, 3383\)](#), pues ese tipo de dolencias en ningún caso limitan «la participación plena y efectiva de la trabajadora en la vida profesional en igualdad de condiciones con el resto de trabajadores», que es a donde se dirige el texto comunitario.

De este modo, queda claro que el Derecho Comunitario no obliga a reconocer un permiso de maternidad a los trabajadores que actuasen como comitentes en un contrato de gestación por sustitución. Sin embargo, debe subrayarse que, en palabras del propio TJUE, la normativa comunitaria «no excluye, en absoluto, la facultad de los Estados miembros para aplicar disposiciones más favorables que permitan que las madres subrogantes que hayan tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución se beneficien de un permiso de maternidad en razón del nacimiento del niño». Y es precisamente por ello que, tal y como ahora se verá, los tribunales españoles han terminado por realizar una interpretación extensiva y garantista de la normativa que regula la suspensión por maternidad y la consiguiente prestación económica para, así, reconocer estos derechos a los trabajadores que actuasen como padres y madres comitentes en un convenio de gestación por sustitución.

Como no podría ser de otro modo tras el impacto cuantitativo y cualitativo que ha tenido el fenómeno de la maternidad subrogada en nuestro país en los últimos años, la doctrina judicial ha debatido arduamente sobre estos extremos en sede de suplicación. En realidad, la mayoría de SSTSJ recaídas vienen a reconocer la prestación por maternidad a los padres comitentes en un contrato de gestación por sustitución. Y el argumento principal que vertebra todas ellas es el de que el interés superior del menor merece que los padres puedan dedicarse al cuidado más temprano de los hijos en condiciones análogas a las de la maternidad biológica, la adopción y el acogimiento; pues, aunque no se trate de un supuesto expresamente referido en la norma, estaría, de algún modo, «inserto en su espíritu». Sin embargo, ha habido también algunas Sentencias de suplicación en un sentido contrario.

En cualquier caso, el Tribunal Supremo ha venido a sentar jurisprudencia firme sobre el particular con recientes pronunciamientos. En todas estas Sentencias, el Alto Tribunal reconoce el derecho a recibir la prestación económica por maternidad regulada en los [arts.177](#) a [182](#) de la LGSS, consiguiente a la suspensión del contrato de trabajo prevista en el [art. 8](#) del ET, a padres, debidamente inscritos como tales en el Registro Civil, cuyos hijos habían nacido en el extranjero mediante un procedimiento de gestación por sustitución. Además, a través de las citadas

Sentencias, el Supremo cubre prácticamente todo el espectro de situaciones subjetivas en que se podría plantear esta tesitura. Respectivamente: varón que, individualmente, celebra un contrato de maternidad subrogada con la madre gestante aportando su propio material genético, por lo que es padre biológico de las dos niñas nacidas; trabajadora que solicita la prestación tras haber aportado, al igual que su pareja varón, sus gametos en la gestación por sustitución; de nuevo un varón que resulta ser padre biológico, pero con la especialidad de que, en este caso, el trabajador ya había disfrutado de la prestación de paternidad antes de solicitar la de maternidad; y, por último, trabajador, varón, que solicita la prestación por maternidad después de que su cónyuge, también varón, hubiese ya disfrutado la prestación por paternidad. Y, como se ha dicho, en todos estos casos el TS estima procedente que a los solicitantes les sea reconocida y abonada la prestación económica por maternidad consecutiva a la suspensión del contrato de trabajo.

De entre todas ellas, en realidad, es la [STS de 25 de octubre de 2016 \(RJ 2016, 6167\)](#) (Rec. 3818/2015) la que traza toda la estructura lógico-jurídica posteriormente reproducida por los sucesivos pronunciamientos del Supremo. Así, el TS perfila una línea argumental que discurre desde el principio del interés superior del menor hasta los cánones interpretativos del [art. 3](#) del CC para terminar concluyendo que la normativa sobre la suspensión del contrato de trabajo y la consiguiente prestación económica de la Seguridad Social por maternidad resulta extensible, por analogía, a los supuestos de gestación por sustitución. En efecto, la Sala recuerda, en primer lugar, que la finalidad de la institución cuyo reconocimiento se discute excede, con mucho, de las necesidades de reposo de la madre biológica tras el alumbramiento, por lo que

«resulta conveniente» que la persona que es y actúa como progenitor pueda estar al cuidado del recién nacido al amparo de la protección por maternidad prevista por la Seguridad Social. Así mismo se desprende de las Sentencias del TEDH [Mennesson \(PROV 2014, 176908\)](#) y [Labassee \(PROV 2014, 176905\)](#), donde uno de los puntos de consideración más relevantes es que los menores se encuentran, de facto, ya integrados en una unidad familiar, por lo que negar el disfrute de los derechos de maternidad a los progenitores registrales provocaría, en la práctica, un importante perjuicio a los intereses del recién nacido.

A continuación, el Supremo esgrime que, en realidad, el listado de situaciones protegidas por este derecho está parcialmente abierto, tal y como se desprende de la literalidad del [art. 2.2](#) del [RD 295/2009 \(RCL 2009, 590\)](#), que, a efectos de las prestaciones económicas por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y lactancia, considera *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.* Y son la estructura y el contenido de este precepto los que, a juicio del Tribunal, permiten la flexibilidad interpretativa necesaria para entender que, en los supuestos de gestación por sustitución, los padres comitentes debidamente registrados como progenitores del recién nacido también tendrán derecho a disfrutar de la prestación por maternidad.

Por último, el TS defiende que, de este modo, únicamente se limita a aplicar la normativa sobre las prestaciones de maternidad «a la luz de la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente a su espíritu y la finalidad», en virtud de los cánones interpretativos establecidos en el [art. 3](#) del CC, pero también a la vista del tenor de otros preceptos legales, como sería el citado [art. 2.2](#) del RD 295/2009.

Finalmente, con ánimo de impermeabilizar su línea argumental, el TS afirma que el hecho de que el [art.10](#) de la Ley 14/2006 declare la nulidad del contrato de gestación por sustitución no elimina la situación de necesidad real y efectiva surgida tras el nacimiento del menor. Y, de acuerdo a la postura mayoritaria de la Sala, esa necesidad real y efectiva no debe ser enfocada desde los postulados del Derecho Civil, sino desde la aplicación e interpretación de las normas de Seguridad Social; que son, precisamente, las que conducen al Supremo a la decisión aquí adoptada. En fin, la [Sentencia \(RJ 2016, 6167\)](#) termina aludiendo a que, pese a no resultar condición *sine qua non*, cuando el progenitor que reclama las prestaciones de Seguridad Social es, de hecho, el padre biológico del menor aumentan las razones para atender su solicitud; pues estaríamos ya ante una situación expresamente contemplada por la LGSS.

Como se observa, la Sala IV del Tribunal Supremo elude el fondo del asunto, es decir, la calificación jurídica de la gestación por sustitución realizada en el extranjero, pero cuyos efectos se trasladan a España. En efecto, la Sala de lo Social parte de hechos consumados: de una filiación inscrita en el Registro Civil español y una situación de necesidad real y efectiva. Y es únicamente a esa concreta coyuntura, a esa faceta de la cuestión global de la maternidad subrogada, a la que la Sala IV da una respuesta desde el orden Social de la jurisdicción; pero, en ningún caso, toma partido en la disputa jurídica que, todavía a día de hoy, mantienen candente en el ámbito Civil la Dirección General de los Registros y el Notariado y la Sala I del propio Tribunal Supremo sobre este asunto.

No obstante todo lo anterior, la fundamentación jurídica esgrimida por la Sala IV del Supremo para reconocer, por analogía, la prestación por maternidad a los padres registrales en un proceso de gestación subrogada resulta criticable desde diversos ángulos. Así, de entre los diversos contraargumentos que se manejan, dos son, a mi juicio los más contundentes. En primer lugar, ya se vio cómo la Sala IV del TS acude al interés superior del menor para sustentar la motivación de su fallo. Sin embargo, lo cierto es que ese interés superior del menor bien

podría quedar perfectamente salvaguardado si los padres comitentes hubiesen recurrido a los cauces legalmente reconocidos (reconocimiento de la filiación biológica, adopción o acogimiento). Y, sobre todo, en segundo lugar, coincido en que no ha lugar a la analogía de la que se sirve el TS para extender la prestación por maternidad al supuesto de la gestación por sustitución. En efecto, el mecanismo de la interpretación analógica prevista por el [art.4](#) del CC parte, primero, de la existencia de una laguna normativa que no concurre en este caso –puesto que la propia Ley ([art.10](#) de la Ley 14/2006) ha situado este fenómeno fuera de la legalidad, declarando nulo el negocio jurídico en sí– y, segundo, de una semejanza entre supuestos que no existe entre la maternidad subrogada y la adopción y el acogimiento –ya que estas últimas son instituciones jurídicas que el legislador considera merecedoras de protección por el Derecho (algo que, obviamente, no ocurre con la maternidad subrogada)–. Así, lo que ocurre finalmente es que, en mi opinión, el TS realiza una interpretación *contra legem*, pues anuda unos efectos jurídicos que afectan directamente a un tercero (en este caso el INSS) a un supuesto de hecho para el que la Ley declaraba de forma expresa la nulidad ([art.10](#) de la Ley 14/2006); todo lo cual, choca frontalmente con lo dispuesto en los [arts. 6.3 y 1255](#) del CC.

En fin, a pesar de la pertinencia de las anteriores críticas frente a la solución adoptada por el Supremo, resulta innegable que, por lo que interesa en el plano aplicativo, nos encontramos ante jurisprudencia firme, en los términos del [art. 16](#) del CC. Y, por ello, debe asumirse que, en tanto en cuanto no se produzca un cambio profundo en el ámbito Civil y la DGRN, de facto, siga inscribiendo en el Registro Civil la filiación a favor de los padres comitentes en los contratos de gestación por sustitución, éstos tendrán derecho a disfrutar de la suspensión de su contrato de trabajo ex [art. 48](#) del ET y de la consiguiente prestación económica prevista en el [art. 177](#) de la LGSS.

Una última interrogante que cabe plantearse es la de si los padres intencionales podrían solicitar el disfrute de estos derechos con carácter anticipado al nacimiento del menor. Ya se expuso que, dada la dinámica que siguen los procedimientos de gestación por sustitución en las clínicas extranjeras, los padres comitentes se ven obligados a desplazarse al país en cuestión durante distintas fases del proceso. Y, por lo tanto, lo más interesante para ellos sería, quizás, disfrutar de la suspensión contractual antes del nacimiento del menor y su posterior traslado a España; de un modo similar a lo que previsto en el [art. 48.5](#) del ET para los supuestos de adopción internacional. Sin embargo, parece que, en los casos de gestación subrogada, la prestación debe entenderse causada en la fecha del nacimiento del hijo; por lo que no cabría esa modalidad de disfrute anticipado.

El fundamento, sólido, que permite denegar sin ambages el disfrute anticipado del derecho en estos supuestos no es otro que el controvertido encaje legal de

la maternidad subrogada en nuestro ordenamiento; lo que la diferencia radicalmente de la adopción internacional. Como se sabe, el Derecho Civil expulsa del marco de la legalidad los convenios de gestación por sustitución; y, si la Sala IV del Supremo le confiere efectos en el orden Social, es únicamente a partir de un hecho ya consumado: la situación de necesidad que desencadena la integración de facto del menor en la familia. Por ello, en tanto en cuanto no se haya producido todavía ese estado de necesidad real y efectiva que motiva la solución, excepcional, adoptada por la Sala IV del TS, considero que no existe resquicio alguno por el que el proceso de gestación subrogada pueda traspasar las fronteras de la legalidad que, sin duda, le cierra el [art. 10](#) de la Ley 14/2006. Y es por ello que entiendo que la única opción viable para que los padres intencionales pudieran ausentarse de su puesto de trabajo antes de que se produzca la integración efectiva del menor en el seno familiar pasa por acudir a otras figuras, como los permisos sin sueldo o las vacaciones.

#### **IV. La fecundación «in vitro» y la gestación subrogada frente al despido**

Por otra parte, también resulta interesante analizar, de acuerdo con los objetivos propuestos en este trabajo, si las técnicas de reproducción asistida podrían condicionar, de algún modo, la dinámica del despido; institución, por supuesto, de la máxima trascendencia dentro del contrato de trabajo. Desde luego, como no podría ser de otra manera, el legislador, tanto comunitario como nacional, se ha dedicado con ahínco a tejer un tupido manto protector para salvaguardar el derecho de la mujer trabajadora a ser madre y preservar su relación laboral de cualesquiera efectos nocivos, ya fuesen directos o indirectos, que pudiese sufrir con motivo de su maternidad. Y, evidentemente, esta esfera protectora adquiere una relevancia muy especial en relación al despido, por ser éste el fenómeno más traumático de la relación laboral, en tanto que provoca su propia extinción. La cuestión, es que, para analizar debidamente el eventual despido que se produjese en el marco de un tratamiento de reproducción asistida, se hace necesario partir de una visión global de la materia.

Así pues, con los objetivos ya descritos, la [Directiva 92/85/CEE \(LCEur 1992, 3598\)](#), 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, dedica su [artículo 10](#) a programar toda una serie de medidas que los estados miembros deberán desarrollar en aras de la protección de la madre trabajadora frente al despido. En este sentido, el precepto establece que los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia durante el período comprendido entre el comienzo de su

embarazo y el final del permiso de maternidad, salvo en los casos no inherentes a su estado; por lo que el empresario que despidiese a estas trabajadoras deberá aportar los motivos justificados del despido por escrito. Y, en efecto, el [art. 55.5](#) del ET traslada estas previsiones a la legislación nacional. En concreto, este [art. 55.5](#) del ET protege la maternidad, en sentido amplio, frente al despido a través de dos mecanismos paralelos. En primer lugar, declara nulo, con carácter general, todo despido fundado en causas discriminatorias o que conculcarse derechos fundamentales o libertades públicas del trabajador. Y, para tales supuestos, la [LRJS \(RCL 2011, 1845\)](#), en sus [arts. 96 y 181.2](#), establece un mecanismo específico de reparto de la carga de la prueba según el cual el trabajador demandante deberá acreditar

*la concurrencia de indicios de que se ha producido violación del derecho fundamental o libertad pública, tras lo cual tendrá ocasión el empresario demandado de destruir tal verosimilitud mediante la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.* Desde luego, es evidente que el eventual despido de la trabajadora que se basase en el propio hecho de la maternidad podría encontrar cobijo en este primer mecanismo protector.

Lo que ocurre es que, en paralelo a este primer mecanismo dirigido a neutralizar, en general, cualquier despido de carácter discriminatorio, el legislador proyecta una protección mayor y específica sobre los distintos supuestos relacionados con la maternidad (en sentido amplio) frente a un posible despido que discriminase al trabajador o trabajadora por tales causas. Y es por eso que, a continuación, el propio [art. 55.5](#) del ET prevé que se declarará nulo el despido de (entre otras situaciones estrechamente ligadas con la maternidad) la trabajadora embarazada, desde el momento mismo de comienzo del embarazo hasta el inicio de la suspensión por maternidad o riesgo durante el embarazo; a no ser que quedase completamente acreditada su procedencia por motivos estrictamente ajenos al embarazo.

En relación a esta última medida, el TC interpreta que el mencionado [art. 55.5](#) del ET configura, en su párrafo segundo, una *nulidad objetiva, distinta de la nulidad por causa de discriminación contemplada en el párrafo primero y que actúa en toda situación de embarazo, al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o, incluso, de que concurra o no un móvil de discriminación;* y al margen, por tanto, de que exista conocimiento del embarazo por parte de la propia trabajadora, y cuanto menos por parte del empresario. Así, no cabrá exigir a la trabajadora embarazada ningún tipo de prueba, ni siquiera indiciaria, que genere una apariencia cierta de discriminación, sino que únicamente habrá de acreditar que en la fecha del despido se encontraba ya en estado clínico de embarazo. Y, por su parte, el empresario, solo podría evitar la declaración de nulidad del despido acreditando su perfecta procedencia, en cuyo caso sí mediaría una declaración en tal sentido. De este modo, el despido de

una trabajadora en estado de embarazo podrá declararse procedente o nulo, pero nunca improcedente.

La cuestión, por lo que aquí interesa de acuerdo al objeto de estudio principal de este trabajo, sería preguntarse si el hipotético supuesto la trabajadora que se estuviese sometiendo a un tratamiento de fecundación

*in vitro* o, en general, de fertilidad podría quedar comprendida dentro del campo subjetivo del [art. 55.5](#) del ET. Y es que, en efecto, el taxativo tenor de la Ley en este punto (*...las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión...*) hace difícil integrar a la trabajadora que se encontrase en la fases de tratamiento de fecundación *in vitro* o fertilidad previas al propio embarazo clínico dentro de la situación prevista por el [art. 55.5 b\)](#) del ET; lo que, en consecuencia, la dejaría fuera del espectro específico de protección que configura el precepto.

Sobre estos extremos se pronunció, en su momento, la [STJUE de 26/02/2008 \(TJCE 2008, 36\)](#) (asunto C-506/06, *Sabine Mayr y Bäckerei und Konditorei Flöckner OHG*). En ella, el TJUE analiza el despido de una trabajadora cuyos óvulos, en la fecha de comunicación del despido, ya habían sido fecundados *in vitro*, pero todavía no le habían sido transferidos al útero. A este respecto, la Corte de Luxemburgo interpreta que, más allá de consideraciones médicas o éticas, desde el punto de vista estrictamente jurídico, no resultaría de aplicación el [artículo 10](#) de la Directiva 92/85/CEE.

Y ello bajo el argumento de que aplicar esa protección a una trabajadora que se encontrase en tales circunstancias, antes de la transferencia de los óvulos fecundados, *podría tener el efecto de conceder el beneficio de esta protección aun cuando, esta transferencia se retrasara por cualquier razón durante varios años o incluso se renunciara definitivamente a ella*; lo que, ciertamente, pone de manifiesto que tal extensión analógica resultaría indebida además de injustificada. Ahora bien, el Tribunal entiende asimismo que, pese a no poder serle de aplicación la protección derivada de la [Directiva 92/85/CEE \(LCEur 1992, 3598\)](#), la trabajadora que se hallase en esta situación sí podría acogerse a la protección por razón de sexo conferida por la [Directiva 76/207/CEE \(LCEur 1976,44\)](#). Y es que, en palabras del TJUE, *una punción folicular y la transferencia al útero de la mujer de los óvulos extraídos de esta punción inmediatamente después de su fecundación, únicamente puede serle practicada a las mujeres, por lo que el despido de una trabajadora basado fundamentalmente en el hecho de que ésta se somete a esta etapa esencial de un tratamiento de fecundación in vitro constituye una discriminación directa basada en el sexo*. De este modo, el TJUE niega a la trabajadora que se hallase en esta situación la aplicación de las normas de seguridad y salud de la madre, pero sí la protege a través de la tutela antidiscriminatoria.

Así, si proyectásemos esta interpretación del TJUE en nuestro panorama jurídico

interno la conclusión que aparecería es la de que la mujer que se encontrase en las circunstancias ya descritas no gozaría de la protección específica del segundo párrafo del [art. 55.5](#) del ET, concebida por el TC como una verdadera *nulidad objetiva* para los casos de embarazo clínico. Pero, en cambio, sí podría acudir a esa otra protección genérica, prevista para cualquier supuesto de discriminación prohibida, del primer párrafo de ese [art. 55.5](#) del ET; para lo cual, en un principio, debería aportar indicios que diesen verosimilitud a la hipótesis que su despido estaba relacionado el tratamiento de fecundación *in vitro* al que se sometía.

Pues bien, es la [STS de 04/04/2017 \(RJ 2017, 1981\)](#) (Rec. 3466/2015) la que, a la luz de los anteriores criterios interpretativos, analiza, en el plano jurídico nacional, el caso de una trabajadora a la que se despide alegando causas económicas justo unas semanas después de haber iniciado un tratamiento de fertilidad (de lo cual tenía conocimiento acreditado la empresa), pero sin que, en la fecha del despido, le hubiesen sido, todavía, transferidos al útero los óvulos fecundados *in vitro*. Así pues, tras una primera sentencia de instancia en la que el Juzgado de lo Social declaraba la improcedencia del despido (calificación que admitía expresamente la demandada), la trabajadora recurre en suplicación al TSJ del País Vasco, que, a su vez, desestima dicho recurso confirmando la Sentencia de instancia. Una vez llegado este punto, la trabajadora recurre frente al TS en casación para unificación de doctrina, solicitando que se declare la nulidad del despido del que fue objeto. Y, para ello, aporta como Sentencia de contraste, precisamente, la ya analizada [STJUE de 26/02/2008 \(TJCE 2008, 36\)](#) (asunto C-506/06, *Sabine Mayr y Bäckerei und Konditorei Flöckner OHG*).

Pues bien, el TS, acertadamente a mi juicio, tal y como se expondrá en adelante, estima el recurso de la trabajadora, declarando la nulidad del despido y sus correspondientes efectos. Para llegar a esta solución, la [Sentencia \(RJ 2017, 1981\)](#), en primer lugar, justifica la admisión del recurso en términos procesales. A este respecto se arguye que, de acuerdo a la lectura que hace el propio TS del [art. 219.2](#) de la LRJS, concurre contradicción de pronunciamientos cuando la sentencia ordinaria y la constitucional, o bien procedente de un órgano jurisdiccional internacional o comunitario, lleguen a pronunciamientos distintos ante supuestos en que *la pretensión de tutela del derecho constitucional de que se trate sea sustancialmente igual*. Y es que, dadas las mayores dificultades de cotejo en estos casos (sobre todo en el aspecto fáctico), exigir, además, una igualdad sustancial en los hechos y fundamentos entre las sentencias comparadas (tal y como se desprendería de una remisión literal al apartado primero del [art. 219](#) de la LRJS vaciaría de contenido este segundo apartado. Es decir, que las especiales circunstancias que rodean las sentencias del TJUE justificarían que los criterios de contradicción exigidos por el [art. 219](#) de la LRJS

para el recurso de casación para unificación de doctrina se apliquen de un modo flexible. De este modo y a la luz de cuanto se ha expuesto, la [STS de 04/04/2017 \(RJ 2017, 1981\)](#) concluye que, en efecto, debe apreciarse contradicción entre la [STSJ del País Vasco \(AS 2015, 1560\)](#) ahora recurrida por la trabajadora y la [STJUE de 26/02/2008 \(TJCE 2008, 36\)](#) (asunto C-506/06, *Sabine Mayr*), ya que en ambos supuestos lo que se trata de analizar es el posible carácter discriminatorio (por razón de sexo) del despido de una trabajadora sometida a tratamiento de fecundación *in vitro* a la que, en la fecha del despido, todavía no le habían sido implantados en el útero los óvulos fecundados. Y es que, recuérdese en este sentido, que la [STJUE \(TJCE 2008, 36\)](#) *Mayrya* afirmaba que este tipo de tratamientos *únicamente pueden serle practicados a las mujeres, por lo que el despido de una trabajadora basado fundamentalmente en el hecho de que ésta se somete a esta etapa esencial de un tratamiento de fecundación in vitro constituye una discriminación directa basada en el sexo*.

Una vez resuelta esta cuestión de carácter procesal, la [STS de 04/04/2017 \(RJ 2017, 1981\)](#) aborda el análisis sustantivo del caso. Es decir, se trataría ahora de esclarecer si, en efecto y tal como sostiene la recurrente, la verdadera razón subyacente al despido no era, en el fondo, otra que la del tratamiento de fecundación y, por ende, dicho despido ha de considerarse como nulo. A este respecto debe tenerse muy presente que la cuestión que se plantea no es la de declarar, o no, la nulidad del despido por mor del párrafo segundo [art. 55.5](#) del ET; pues, tal y como ya se vio durante el análisis de la [STJUE de 26/02/2008 \(TJCE 2008, 36\)](#) (asunto C-506/06, *Sabine Mayr*), la trabajadora sometida a un tratamiento de fecundación *in vitro* técnicamente no está embarazada y, por lo tanto, no se encuentra protegida por el mecanismo de la *nulidad objetiva* que configura este precepto. Lo que se trata de determinar aquí es si, a través de la aplicación del consabido mecanismo procesal de reparto de la carga de la prueba de los [arts. 96.1 y 181.2](#) de la LRJS, puede extraerse, o no, la conclusión de que la causa del despido era discriminatoria.

En este sentido, tanto la sentencia de instancia como la de suplicación, que anteceden a esta [STS de 04/04/2017 \(RJ 2017, 1981\)](#), ya asumían la existencia de indicios de discriminación suficientes como para trasladar a la empresa la obligación de demostrar que su decisión extintiva obedecía a causas ajenas a cualquier móvil discriminatorio. Así pues, de acuerdo a la [LRJS \(RCL 2011, 1845\)](#) y una vez llegado este punto, habría que exigir al empresario la *aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad*; lo que, en palabras del TC, implica, que el empleador debe acreditar las causas que expliquen objetiva, razonable y proporcionalmente por sí mismas su decisión, eliminando toda sospecha de que aquella ocultó la lesión de un derecho fundamental del trabajador.

La cuestión es que, en el supuesto de autos, tal y como bien señala ahora la [STS de 04/04/2017 \(RJ 2017, 1981\)](#), la empresa demandada no llega, ni mucho

menos, a desconectar su decisión extintiva de los indicios discriminatorios aportados por la trabajadora. De hecho, lo cierto es que la empresa ni siquiera trata de justificar la procedencia del despido, sino que, directamente, ya en la sentencia de instancia reconocía abiertamente su improcedencia. En este punto, el TS esgrime que tal reconocimiento, cuyos efectos podrían ser perfectamente asumibles en el contexto de un despido ordinario, resulta inadmisibile cuando se pretendía demostrar que la decisión extintiva obedecía a causas objetivas, razonables y proporcionadas, que eliminasen la verosimilitud de los indicios de discriminación. En efecto, difícilmente puede sostenerse que una actuación deliberada y conscientemente ilícita sea capaz de destruir los indicios de discriminación aportados por la demandante. Pero es que, además, tal y como se encarga de señalar asimismo la Sala, ninguna otra de las circunstancias concurrentes en el caso podrían considerarse como justificaciones excluyentes en sí mismas del carácter discriminatorio; pues no lo son, ni la situación económica negativa de un sección de la empresa en un contexto de resultados positivos en la explotación global, ni tampoco el hecho de que más de la mitad de la plantilla estuviese formada por trabajadoras y muchas de ellas sean madres. Así pues, del análisis de esta [STS de 04/04/2017 \(RJ 2017,1981\)](#) (Rec. 3466/2015) y los fundamentos jurídicos que la sostienen, puede concluirse que el despido de una trabajadora que se encontrase inmersa en un tratamiento de fecundación *in vitro*, antes de que los óvulos fecundados le hayan sido transferidos al útero, habrá de declararse nulo cuando, de acuerdo a los [arts. 96.1](#) y [181.2](#) de la LRJS, la demandante consiguiese retratar un panorama verosímil de discriminación y, en cambio, el empresario no pudiese aportar una justificación objetiva, razonable y suficientemente probada de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. En cambio, pese a que pueda resultar obvio, conviene explicitar que, si los óvulos fecundados *in vitro* le hubiesen sido ya trasferidos al útero en la fecha del despido, la trabajadora gozaría entonces de la protección que mana del [art. 55.5 b\)](#) y que el TC ha bautizado como la *nulidad objetiva*; cuyo alcance, como se sabe, es bien distinto.

Cabe preguntarse, en este punto, si el otro progenitor (en caso de figurar como tal) de la trabajadora que se sometiese a un tratamiento de fecundación *in vitro* podría sufrir un despido calificable como discriminatorio, precisamente, por basarse en tales circunstancias personales y familiares. Desde luego, la situación de este otro progenitor no sería, en absoluto, equiparable al de la trabajadora sometida al tratamiento de fecundación *in vitro*. En efecto, y volviendo al argumento concluyente que manejaban tanto el TJUE como el TS, el eventual despido de este otro progenitor no podría considerarse como una discriminación por razón de sexo. Sin embargo, creo que

su situación, como potencial progenitor, sí podría subsumirse en esa categoría amplia con la que [art. 14](#) de la [CE \(RCL 1978, 2836\)](#) cierra el listado de causas de discriminación prohibida: ...

*cualquier otra condición o circunstancia personal o social*. Por lo tanto, si, de acuerdo a la coreografía procesal de reparto de la carga de la prueba de los [arts. 96.1](#) y [181.2](#) de la LRJS, el otro progenitor llegase a demostrar que su despido se basa en el hecho de que su pareja se halla inmersa en un tratamiento de fertilidad o de fecundación

*in vitro*, tal decisión extintiva merecería la declaración de nulidad.

Y, por último, un análisis muy similar habría que hacer en relación a los padres comitentes en el contexto de un proceso de maternidad subrogada o gestación por sustitución. En efecto, al margen de las consideraciones sobre su licitud, ya expuestas anteriormente, parece claro que esa paternidad, siquiera potencial, también tendría cobijo dentro de esa última cláusula abierta del [art. 14](#) de la CE. Por lo que, si se llegase a acreditar, a través del cauce previsto al efecto en la LRJS, que la razón que subyace al hipotético despido de estos trabajadores no es otra que la de su futurible paternidad o maternidad, la calificación correspondiente también sería, a mi juicio, la de nulidad.

Fuente.- Miguel Ballesteros Hernández.

Revista Aranzadi