

## Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de marzo de 2014, asunto C-167/12, C.D.

### LA MATERNIDAD SUBROGADA NO ES EQUIPARABLE A LA MATERNIDAD BIOLÓGICA AL OBJETO DE SOLICITAR PERMISOS POR TAL CONTINGENCIA

El reconocimiento del permiso por maternidad adquiere en este supuesto una nueva perspectiva, al punto de que no es directamente la madre biológica quien lo solicita, sino la denominada «madre subrogante», celebrando ambas un convenio de gestación por el que la primera renunciaba a su maternidad y a todos los derechos que de ahí pudieran derivarse.

En esta relación triangular, en la que se recurre a la inseminación artificial, siendo el padre biológico la pareja de la madre subrogante, surge la duda de si ésta podrá acogerse a las medidas de protección a la maternidad que, en este caso, la normativa británica reconoce tanto a las madres biológicas como adoptantes, por cuanto el supuesto específico de gestación por sustitución carece de reconocimiento expreso. La respuesta es importante desde el momento en que una negativa al mismo pudiera albergar de forma encubierta una discriminación para aquellas madres que, sin haber gestado a su hijo, se hacen cargo de él y no pueden disfrutar de los permisos laborales que en otras circunstancias sí adquieren cobertura legal.

Ello no obstante, la trabajadora intentó obtener tal reconocimiento por la vía analógica del régimen previsto para la adopción, petición que fue rechazada al carecer de la pertinente documentación acreditativa de madre adoptante expedida por una agencia de adopción.

Una vez producido el nacimiento, tanto ella como su pareja obtuvieron la patria potestad plena del menor y, por tanto, fueron considerados desde ese momento sus padres. Ante la persistente negativa de la empresa a reconocer a la trabajadora los permisos solicitados, ésta acude a instancias jurisdiccionales, acordando el tribunal suspender el procedimiento y acudir ante el TJUE para que aclare el alcance de los conceptos de «madre subrogante» y «madre gestante» y para que determine si la Directiva 92/85 reconoce en estas circunstancias un permiso de maternidad.

La idea principal sobre la que gira el contenido de esta disposición es promover la seguridad y salud de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia, al entender que constituyen un grupo expuesto a riesgos especialmente sensibles.

Pero no es éste el único objetivo de la protección, sino que es preciso además valorar la especial relación que se establece entre la madre y el hijo en sus primeras semanas de vida, permitiendo a aquella una liberación temporal en sus obligaciones laborales para atender al cuidado del menor.

Ahora bien, el reconocimiento del permiso por maternidad que acoge la Directiva 92/85 (en concreto, su artículo 8) requiere, en una interpretación restrictiva, que se haya producido un embarazo y un posterior parto. Como señala el TJUE, «una

trabajadora, en su calidad de madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución, no entra en el ámbito de aplicación del artículo 8 de la Directiva 92/85», de donde se deduce que en la legislación interna de cada Estado no surgiría obligación alguna de extender a tales trabajadoras el permiso de maternidad, sin perjuicio de que a iniciativa propia así quisieran hacerlo.

¿Constituiría esta práctica algún tipo de conducta discriminatoria para con las trabajadoras? En principio, y desde una perspectiva de género no, por cuanto un trabajador en las mismas circunstancias recibiría el mismo trato y tampoco obtendría un permiso de paternidad. Ni siquiera indirectamente pudiera deducirse tal discriminación, ni cabría interpretar en modo alguno que las trabajadoras se vieran más perjudicadas que los trabajadores ante este mismo hecho. Objetivamente, tales apreciaciones no resultan exentas de verdad: es cierto que, a priori, no habría que presuponer un diferente tratamiento en función del género, si no fuera porque la realidad cotidiana nos muestra cómo en la inmensa mayoría de los casos son las mujeres las que se hacen cargo de los menores y, por tanto, las que sufren los perjuicios en el disfrute de sus derechos. Con ser ésta una realidad incontrovertible, resulta especialmente sorprendente el posicionamiento contradictorio que mantiene el TJUE al afirmar que una madre subrogante «no puede por definición ser objeto de un trato menos favorable ligado a su embarazo, ya que ella no ha estado encinta de ese niño», olvidando que ello constituye simplemente una primera fase en lo que más tarde será la atención y cuidado del menor, que corresponderá por igual a cualquier trabajadora, se haya producido embarazo o no, y desconociendo así de forma implícita los supuestos de adopción, en donde tales permisos sí se reconocen inequívocamente.

En definitiva, el TJUE concluye con la inexistencia de discriminación hacia la trabajadora por parte de su empresa al denegarle un permiso de maternidad en una situación como la descrita, pronunciamiento que se opone con toda evidencia a la interpretación amplia favorable siempre a la protección de la trabajadora y que, en este supuesto, no encuentra acomodo, por asimilación, con la figura de la adopción.

Por otra parte, y como segunda crítica, la sentencia no menciona a qué otras opciones podría acogerse la trabajadora, de qué otras alternativas pudiera beneficiarse. Ciertamente, ella solicitó el permiso antes del parto de la madre gestante, de manera que en esa etapa precedente no necesitaba de suspensión alguna en su relación laboral: sería a partir de ahí cuando, en hipótesis, el ordenamiento debiera haberle proporcionado una solución para su caso particular, y no lo hizo, con el resultado final de una mujer trabajadora que con un recién nacido tendría que acudir con normalidad a su lugar de trabajo sin poder optar a ninguna medida de conciliación y ello, qué duda cabe, no puede por menos que entenderse como discriminatorio.

M.<sup>a</sup> Cristina POLO SÁNCHEZ  
*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universidad de Salamanca  
[polo@usal.es](mailto:polo@usal.es)