



En opinión de la Abogado General Kokott, en caso de maternidad subrogada legal, las dos madres tienen derecho a permiso de maternidad

El permiso de maternidad de un mínimo de 14 semanas no se duplica, sino que debe repartirse entre las dos madres, si bien debe durar un mínimo de 2 semanas para cada una

La maternidad subrogada¹ no está regulada de modo uniforme en la Unión Europea. Mientras que en muchos Estados miembros está prohibida, en el Reino Unido se permite bajo determinadas condiciones. No obstante, en el Reino Unido no existe una regulación específica sobre el permiso de maternidad de la mujer (madre intencional) que va a asumir la patria potestad tras el nacimiento del hijo.

La Sra. C.D. y su pareja, que residen en el Reino Unido, lograron su deseo de ser padres con la ayuda de una madre subrogada. Para la concepción del hijo se usó semen de la pareja, pero no se empleó ningún óvulo de la Sra. C.D. Ésta comenzó a ocuparse del bebé como una madre y a amamantarlo cuando aún no había transcurrido una hora desde el nacimiento. Varios meses después del nacimiento del hijo, un tribunal británico, con arreglo a la normativa británica sobre la maternidad subrogada y con el consentimiento de la madre subrogada, transmitió la responsabilidad parental plena y permanente sobre el niño a la Sra. C.D. y a su pareja.

Como el empleador público de la Sra. C.D. consideraba que ésta no tenía derecho a un permiso de maternidad o a un permiso por adopción retribuido, dado que no había dado a luz ni había adoptado un niño, la Sra. CD presentó una demanda ante un tribunal británico. Éste desea que el Tribunal de Justicia dilucide si, con arreglo al Derecho de la Unión,² una mujer también tiene derecho a un permiso de maternidad retribuido cuando no ha sido ella, sino una madre subrogada, quien ha dado a luz al hijo.

En opinión de la Abogado General Juliane Kokott, una madre intencional que ha tenido un hijo en virtud de un contrato de maternidad subrogada tiene derecho, tras el nacimiento del hijo, al permiso de maternidad previsto en el Derecho de la Unión siempre que haya asumido la custodia del hijo tras el nacimiento, la maternidad subrogada sea admisible en el Estado miembro afectado y se cumplan los requisitos previstos al efecto en la legislación interna. Este principio también es aplicable en caso de que la madre intencional no amamante al hijo tras el nacimiento. **En todo caso, el permiso de maternidad que haya disfrutado la madre subrogada deberá deducirse, si bien el permiso de maternidad de la madre intencional deberá tener una duración mínima de dos semanas.**

Es cierto que cuando se adoptó la normativa sobre el permiso de maternidad en el año 1992 el legislador de la Unión partió del supuesto normal de la maternidad biológica y no tuvo en cuenta el

¹ Según la medicina reproductiva, la maternidad subrogada comienza con la inseminación artificial de la madre subrogada o con la implantación de un embrión en su útero. A continuación, el hijo se gesta hasta el parto en el vientre de la madre subrogada. Desde el punto de vista genético, el hijo puede haber sido concebido por los denominados «padres intencionales», que asumirán la patria potestad tras el nacimiento, o por el padre y la madre subrogada o por aquél y una tercera mujer.

² En especial, conforme a la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, 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 (DO L 348, p. 1).

fenómeno, entonces poco extendido, de la maternidad subrogada. Sin embargo, la **finalidad tuitiva del permiso de maternidad**, reconocida con carácter de derecho fundamental, exige que también se proteja a la madre intencional, y ello con independencia de que amamante a su hijo,³ ya que dicho permiso retribuido no sólo sirve para proteger a la trabajadora durante el embarazo, después del parto o durante la lactancia, sino también para garantizar **un desarrollo pacífico de la relación madre-hijo**.

En todo caso, cuando un Estado miembro reconoce la relación jurídica entre la madre intencional y el hijo en el caso concreto, deben aplicarse las disposiciones del Derecho de la Unión sobre el permiso de maternidad a la madre intencional que, inmediatamente después del nacimiento del hijo, ocupa el lugar de la madre subrogada.

En relación con la duración del permiso de maternidad, la Abogado General Kokott considera que el concepto de maternidad subrogada no puede duplicar el derecho al permiso de maternidad mínimo de catorce semanas, sino que dicho permiso deberá reflejar el reparto de funciones acordado por las mujeres afectadas. El permiso ya disfrutado por la madre subrogada deberá descontarse del permiso de la madre intencional, y viceversa. No obstante, debe concederse a ambas el permiso de maternidad obligatorio de dos semanas como mínimo. En relación con esas dos semanas, la normativa del Derecho de la Unión en forma de una Directiva es tan precisa que tiene efecto directo en los Estados miembros.

Respecto a la distribución de las diez semanas mínimas restantes, deben tenerse en cuenta la protección de la mujer embarazada o de la mujer que ha dado a luz y el bienestar del menor. Si las mujeres no llegan a un acuerdo, sería lógico aplicar los sistemas de valores de los Estados miembros. Si llegan a un acuerdo, podrá determinarse de modo suficientemente preciso el derecho al resto del permiso, de modo que también en esta medida puede partirse de un efecto directo de la normativa de la Unión.

Por lo demás, la Abogado General Kokott considera que el principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de trabajo y ocupación⁴ no es pertinente en el presente caso y, por lo tanto, no es aplicable.

NOTA: Las conclusiones del Abogado General no vinculan al Tribunal de Justicia. La función del Abogado General consiste en proponer al Tribunal de Justicia, con absoluta independencia, una solución jurídica al asunto del que se ocupa. Los jueces del Tribunal de Justicia comienzan ahora sus deliberaciones sobre este asunto. La sentencia se dictará en un momento posterior.

NOTA: Contra las sentencias y autos del Tribunal General puede interponerse un recurso de casación, limitado a las cuestiones de Derecho, ante el Tribunal de Justicia. En principio, el recurso de casación no tiene efecto suspensivo. Cuando el recurso de casación sea admisible y fundado, el Tribunal de Justicia anulará la resolución del Tribunal General. En el caso de que el asunto esté listo para ser juzgado, el Tribunal de Justicia podrá resolver él mismo definitivamente el litigio. En caso contrario, el Tribunal de Justicia devolverá el asunto al Tribunal General, que estará vinculado por la resolución adoptada en casación por el Tribunal de Justicia.

Documento no oficial, destinado a los medios de comunicación y que no vincula al Tribunal de Justicia.

El [texto íntegro](#) de las conclusiones se publica en el sitio CURIA el día de su lectura

Contactos con la prensa: Amaranta Amador Bernal ☎ (+352) 4303 3667

³ Una madre intencional que amamanta a su hijo se encuentra en una situación similar a la de la madre biológica que amamanta, y por tanto, como «trabajadora en periodo de lactancia» en el sentido de la Directiva, debe disfrutar de la protección que ésta le brinda.

⁴ Que se concreta en la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (DO L 204, p. 23).