



Roj: **STS 5801/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:5801**

Id Cendoj: **28079140012016101050**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **30/11/2016**

Nº de Recurso: **3219/2015**

Nº de Resolución: **1022/2016**

Procedimiento: **Auto de aclaración**

Ponente: **ANGEL ANTONIO BLASCO PELLICER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 30 de noviembre de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, representado y asistido por la letrada de la Administración de la Seguridad Social, contra la sentencia dictada el 1 de julio de 2015 por la **Sala de lo Social** del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el recurso de suplicación núm. 2460/2015, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 22 de Barcelona, de fecha 20 de enero de 2015, recaída en autos núm. 1275/2013, seguidos a instancia de D. Emiliano, contra Instituto Nacional de la Seguridad Social, sobre prestación de maternidad. Ha sido parte recurrida D. Emiliano, letrado en nombre e interés propio.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Angel Blasco Pellicer

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 20 de enero de 2015 el Juzgado de lo Social nº 22 de Barcelona dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

«PRIMERO.- Don. Emiliano, con DNI nº NUM000, afiliado al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, contrajo matrimonio con el Sr. Matías en fecha 4 de junio de 2009.

SEGUNDO.- En fecha NUM001 -2013 ambos fueron padres biológicos de los menores Benito y Begoña, que nacieron mediante técnicas de reproducción asistida en un hospital de Riverside (California).

TERCERO.- En las inscripciones del Registro Civil consular de Los Ángeles (Estados Unidos) constan como hijos de ambos, como progenitores A) y B).

CUARTO.- En el Libro de Familia español constan como hijos biológicos de ambos.

QUINTO.- En un certificado

SEXTO.- Los menores fueron inscritos en el Registro Civil consular de Riverside (California) constando el Sr. Matías como padre y el Sr. Emiliano como madre.

SÉPTIMO.- El Sr. Matías solicitó la prestación por paternidad y le ha sido reconocida por el INSS.

OCTAVO.- El Sr. Emiliano solicitó la prestación por maternidad y le fue denegada por Resolución del INSS de fecha de salida 27-8-2013 por "no encontrarse en ninguna de las situaciones protegidas a efectos de la prestación por maternidad, de acuerdo con lo previsto en el art. 133 bis del TRLGSS.

NOVENO.- Formulada reclamación previa, fue desestimada.

DÉCIMO.- De estimarse la demanda, la base reguladora sería de 28,62 euros diarios. El porcentaje, el 100%. La fecha de efectos, 18 semanas (por parto múltiple, gemelar) desde el 10-6-2013. Hecho no controvertido».

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:



«DESESTIMANDO la demanda formulada por Don. Emiliano contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (INSS), absuelvo a la parte demandada de las pretensiones contra ella ejercitadas».

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D. Emiliano ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, la cual dictó sentencia en fecha 1 de julio de 2015, en la que, dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva:

«Que debemos estimar y estimamos el recurso de suplicación interpuesto por Emiliano contra la Sentencia de fecha 20 de enero de 2015 dictada por el Juzgado de lo Social 22 de los de Barcelona, en el procedimiento número 1275/2013, seguido en virtud de demanda formulada por el recurrente contra Instituto Nacional de la Seguridad Social, y en consecuencia, debemos revocar y revocamos íntegramente la misma y en su lugar, estimando la demanda, reconocemos el derecho del actor a percibir la prestación por maternidad en razón del nacimiento de sus hijos, conforme al porcentaje del 100% de la base reguladora de 28,62 euros diarios y fecha de efectos, 18 semanas por parto múltiple gemelar, desde 10 de junio de 2013, condenando al Instituto Nacional de la Seguridad Social al pago de la misma».

TERCERO.- Por la representación del INSS se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada en el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña el 16 de septiembre de 2015. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en fecha 13 de mayo de 2014.

CUARTO.- Con fecha 10 de marzo de 2016 se admitió a trámite el presente recurso. Dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de quince días. Evacuado el traslado de impugnación, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de considerar que el recurso debía ser desestimado.

QUINTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 30 de noviembre de 2016, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión a resolver en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar si tiene derecho a la prestación de maternidad un trabajador que aparece como progenitor registral de dos niños nacidos de una madre biológica que renunció a la filiación materna en un supuesto en el que su marido figura como el otro progenitor registral y que obtuvo la prestación de paternidad y en el que ambos cónyuges recurrieron a las técnicas de reproducción asistida de gestación por sustitución.

EL INSS recurre en casación para la unificación de la doctrina la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 1 de julio de 2015 que estimó íntegramente el recurso de suplicación formulado por el actor contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 22 de Barcelona que había desestimado su demanda y confirmado la resolución denegatoria del INSS. En consecuencia la sentencia aquí recurrida reconoció al actor el derecho a percibir la prestación de maternidad conforme al 100% de la base reguladora durante el período de 18 semanas por parto múltiple gemelar.

Los hechos relevantes que a los presentes efectos resulta imprescindible reseñar son los siguientes: 1) El actor, afiliado al RETA contrajo matrimonio con su marido en 4 de junio de 2009. 2) Con fecha NUM001 de 2013 ambos fueron padres biológicos de dos menores que nacieron mediante técnicas de reproducción asistida en un hospital de Riverside (California). 3) En las inscripciones del Registro Civil consular de Los Ángeles (EE.UU.) constan como hijos de ambos figurando los dos cónyuges como progenitores. 4) En el libro de familia español constan los niños como hijos de ambos cónyuges. 5) El marido del actor solicitó la prestación de paternidad que le fue reconocida. 6) El actor solicitó la prestación de maternidad que le fue denegada por el INSS por "no encontrarse en ninguna de las situaciones protegidas a efectos de la prestación por maternidad, de acuerdo con el artículo 133 bis TRLGSS".

La sentencia recurrida, bajo el fundamento de una amplísima argumentación estima el recurso del actor y le concede la prestación solicitada. En síntesis, la sentencia estima que, por un lado, producida la inscripción en el Registro Civil "se ha dado validez -se señala- a uno de los efectos derivados del contrato, esto es a la filiación derivada del convenio o contrato de gestación"; de tal manera que el control de legalidad conforme a la ley española se ha superado por lo que, habiendo surtido sus efectos en el aspecto de determinación biológica...no existe razón alguna para negar la efectividad de la renuncia a todos sus derechos como madre o progenitor femenino jurídico por parte de la gestante a favor del demandante y reconocida la filiación, no es esto lo que se cuestiona. Por otro lado, generada la vida del menor e integrado en una familia el actor es el titular único y en plenitud de la relación jurídico parental y debe permitirse y fomentarse el desarrollo y la



protección de este vínculo a través del ejercicio pleno de las instituciones jurídicas y en igualdad al resto de situaciones porque así lo impone el interés superior del menor.

SEGUNDO.- La recurrente aporta como contradictoria la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 13 de mayo de 2015, recaída en el recurso 749/2014, que desestima el recurso de suplicación interpuesto por el INSS y, revocando la sentencia de instancia, desestima la demanda de la actora de reconocimiento de prestación de maternidad en un supuesto de gestación por sustitución.

Resultan relevantes a los presentes efectos de acreditación de la contradicción los siguientes extremos que resultan de la indicada sentencia: 1) La actora acudió al condado de San Diego -California- al objeto de concertar una gestación por sustitución según las técnicas de reproducción humana asistida. 2) Fruto de dicha técnica nacieron dos niños -varón y hembra-. 3) Los nacimientos fueron inscritos en el Registro de la Corte de San Diego y por la Corte Superior del estado de California se dictó resolución de fecha 13 de mayo de 2012 en el que se declaró que la actora es la única progenitora legal de los niños, atribuyéndole la custodia legal y física de los mismos. 4) En octubre de 2013 se practicó la inscripción registral en el Registro Civil Consular de Los Ángeles y se expidió libro de familia. 5) En ambas figura como única progenitora de los niños la actora.

Con estos datos, la Sala de lo Social del País Vasco revocó la sentencia de instancia y mantuvo la denegación de la prestación de maternidad acordada por el INSS por considerar nula y sin ningún efecto la inscripción consular de los niños desde la perspectiva del acceso a una prestación de Seguridad Social.

La comparación entre ambas sentencias revela una diferencia importante puesto que no es lo mismo la situación de la mujer que se subroga en la posición de madre y la de dos cónyuges varones que encomiendan a una mujer la gestación de su hijo; ahora bien, si se analiza detenidamente, esta diferencia -importante sin duda- resulta ajena al problema planteado, pues tal como el INSS ha abordado la solicitud de prestaciones en ambos casos, resulta por completo indiferente la divergencia apuntada.

Existiendo gestación por sustitución, para la entidad gestora las prestaciones de maternidad no pueden concederse porque van contra lo regulado por las leyes españolas. Por eso ha de afirmarse que concurre la preceptiva identidad sustancial (hechos, fundamentos, pretensiones) en los debates que han accedido a la suplicación ante las Salas de Cataluña y País Vasco ya que en ambos casos la persona que reclama las prestaciones ha procreado mediante reproducción asistida, acudiendo a la figura de la maternidad por subrogación. Además, la gestación, nacimiento e inscripción registral de los neonatos se lleva a cabo fuera de España, pero en los dos casos la inscripción registral consular no ha sido impugnada, habiéndose expedido libro de familia en el que los respectivos solicitantes figuran como progenitores. Y, en los dos supuestos confrontados, el INSS deniega la prestación aduciendo que la legislación española no contempla esta situación como protegida, además de prohibir la gestación por sustitución. Que una de las resoluciones utilice argumentos o enfoque diversos a los de la otra carece de relevancia desde la perspectiva de la similitud del debate habido en suplicación. Se trata de presupuesto lógico para que existan fallos opuestos y en nada obstaculiza la comparación entre las dos sentencias seleccionadas. La entidad Gestora que recurre y ha denegado las prestaciones en ambos casos considera contradictorias las sentencias opuestas porque parte de que en ambas se aborda el mismo problema; contradicción que no niega la impugnante del recurso. Por todo ello, coincidiendo con el Ministerio Fiscal, hemos de considerar existente la contradicción requerida por el art. 219.1 LRJS y entrar a examinar el fondo del recurso.

TERCERO.- La cuestión controvertida ha sido resuelta por dos sentencias del Pleno de la Sala deliberadas y votadas el pasado día 19 de octubre y que han recaído en los rcud. núms. 3146/2014 y 3818/2015. Por elementales razones de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de las normas, a la doctrina sentada en las mismas hay que estar para resolver el recurso presente.

Tras hacer amplia referencia a la legislación aplicable, a diversos pronunciamientos de la Sala Primera del Tribunal Supremo, así como del TJUE y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y a determinadas resoluciones e instrucciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado que abordan las cuestiones relativas a la inscripción de nacidos mediando un convenio de gestación por sustitución, así como a la legislación aplicable, nuestras referidas sentencias han declarado el derecho a la prestación de maternidad en supuestos de gestación subrogada en atención a los argumentos que, adaptados al supuesto concreto que nos ocupa, se enuncian seguidamente:

Primero: La nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución, establecida en el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, no supone que al menor que nace en esas circunstancias se le priven de determinados derechos. Hay que distinguir dos planos perfectamente diferenciados, a saber, el atinente al contrato de gestación por sustitución y su nulidad legalmente establecida y la situación de los menores, al que no puede perjudicar la nulidad del contrato. En nuestro ordenamiento laboral, en determinados supuestos, se reconocen ciertos efectos en casos de negocios jurídicos afectados de nulidad. Así, cuando se reconoce el



derecho al salario por el tiempo ya trabajado al amparo de un contrato que resultase nulo - artículo 9.2 ET -; en el supuesto en el que se establece pensión de viudedad en determinados casos de nulidad matrimonial - artículo 74.2, actual 220.3 LGSS -; cuando se acotan los efectos de la ausencia de permiso de trabajo, -artículo 36.5 LOEX 4/2000-. Por ello no debe resultar extraño que aquí los efectos que favorecen a los neonatos puedan ser reconocidos.

Segundo: EL artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, interpretado por el TEDH en las sentencias de 26 de junio de 2014 , Mennesson y Labassee contra Francia, -si bien no se refiere a las prestaciones por maternidad- expresamente toma en consideración, para examinar la cuestión referente a la negativa de Francia a la inscripción en el Registro Civil de los menores, el interés superior del menor cuyo respeto ha de guiar cualquier decisión que les afecte. Si bien, tal y como señala la Sala Primera del Tribunal Supremo en la sentencia de 6 de febrero de 2014, casación 245/2012 , «la cláusula general del interés superior del menor, contenida en la legislación, no permite al juez alcanzar cualquier resultado en la aplicación de la misma, sino que su aplicación ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma», dicho principio ha de servir para la interpretación de las normas ahora examinadas referentes a la protección de la maternidad.

Tercero.- Tal y como nos recuerda la precitada sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014, recurso 245/2012 : «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al interpretar el art. 8 del Convenio, ha considerado que allí donde está establecida la existencia de una relación de familia con un niño, el Estado debe actuar con el fin de permitir que este vínculo se desarrolle y otorgar protección jurídica que haga posible la integración del niño en su familia (sentencias de 28 de junio de 2007, caso Wagner y otro contra Luxemburgo , y de 4 de octubre de 2012, caso Harroudj contra Francia)...Pero de acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, si tal núcleo familiar existe actualmente, si los menores tienen relaciones familiares "de facto" con los recurrentes, la solución que haya de buscarse tanto por los recurrentes como por las autoridades públicas que intervengan, habría de partir de este dato y permitir el desarrollo y la protección de estos vínculos».

En el asunto examinado los menores, nacidos tras la gestación por sustitución, forman un núcleo familiar con los padres comitentes, que le prestan atención y cuidados parentales y tienen relaciones familiares "de facto", por lo que debe protegerse este vínculo, siendo un medio perfectamente idóneo para ello la concesión de la prestación por maternidad. En definitiva, cuando el Ministerio Fiscal ha informado en el mismo sentido que nuestra sentencia acoge, está queriendo actuar, precisamente, de acuerdo con lo interesado por la propia Sentencia de la Sala Primera.

Cuarto: De no otorgarse la protección por maternidad -atendiendo a la doble finalidad que tiene, tal y como se consigna en el argumento sexto- al menor nacido tras un contrato de gestación por subrogación, se produciría una discriminación en el trato dispensado a éste, por razón de su filiación, contraviniendo lo establecido en los artículos 14 y 39.2 de la Constitución , disponiendo este último precepto que los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley, con independencia de su filiación.

Quinto: Tanto el artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores como los referentes a la protección que se dispensa en las normas de Seguridad Social a las situaciones reguladas en el precepto estatutario, en especial los artículos 133 bis (actual artículo 177) y 133 ter (actual artículo 178) forman parte del desarrollo del mandato constitucional - artículo 39 de la Constitución - que establece la protección a la familia y a la infancia, finalidad que ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa. Está fuera de toda duda que el reconocimiento del derecho al descanso y prestación por maternidad entraña un adecuado cumplimiento del mandato constitucional de protección a la familia y a la infancia.

Sexto: El periodo de dieciséis semanas del descanso por maternidad y su correlativa prestación de Seguridad Social (en este caso dieciocho semanas) tienen una doble finalidad, por un lado, atender a la recuperación, seguridad y salud de la madre y, por otro, la protección de las especiales relaciones entre la madre y su hijo durante el periodo posterior al nacimiento del menor; en palabras de la STJUE de 18 de marzo de 2014, C-167/12 «evitando que la acumulación de cargas que deriva del ejercicio simultáneo de una actividad profesional perturbe dichas relaciones». Consecuencia de esa doble finalidad es que las seis semanas inmediatamente posteriores al parto son de descanso obligatorio para la madre, en tanto las otras diez semanas pueden ser disfrutadas, a opción de la madre, por el padre o por la madre, de forma simultánea o sucesiva. En caso de adopción o acogimiento, aunque no hay que proteger la salud de la madre, ya que no ha existido parto de la adoptante o acogedora, se conceden las dieciséis semanas o dieciocho semana según los casos, atendiendo a la segunda finalidad anteriormente consignada, esto es: la protección de las especiales relaciones entre la madre y su hijo durante el periodo posterior al nacimiento del menor.



En el supuesto de maternidad por subrogación se producen también las especiales relaciones entre el padre y el hijo, durante el periodo posterior al nacimiento del menor, por lo que han de ser debidamente protegidas, en la misma forma que lo son los supuestos contemplados en el artículo 133 bis de la LGSS la maternidad, adopción y acogimiento.

Séptimo: El artículo 2.2 del RD 295/2009 de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural dispone que se consideran 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. La situación de los menores, nacidos tras una gestación por sustitución e inscritos en el Consulado de España en Los Ángeles, deriva de una resolución inscripción registral no combatida, constando en los hechos probados, el actor, como padre biológico de aquellos niños.

La relativa apertura del elenco de supuestos protegidos permite cierta flexibilidad interpretativa que antes no existía. Podría pensarse que la posición de los progenitores en los casos de maternidad subrogada es similar a la que, también como progenitores, ocupan aquéllos que se hallan en supuestos de adopción o acogimiento. Sin duda, en algunos casos puede ser así, mientras que en otros, como el presente, en que concurre la paternidad biológica de quien demanda las prestaciones, ese recurso interpretativo es solo adicional.

En todo caso, pugna con la lógica más primaria que se deniegue la prestación en los supuestos de gestación por sustitución cuando se reconocería *ex lege* si el solicitante se hubiera limitado a adoptar o a acoger a un menor, o a manifestar que lo ha engendrado junto con la madre.

Octavo: Como ha queda expuesto, cuando la Sala Primera de este Tribunal niega la inscripción registral de los hijos habidos mediante maternidad subrogada lleva cuidado en atender las necesidades familiares que hayan surgido *de facto*. A la luz de ello, cuando el padre (biológico, tras maternidad subrogada) está materialmente, junto con su cónyuge al que se le ha reconocido la prestación de paternidad, al cuidado de las menores, la única forma de atender la situación de necesidad consiste en permitirle el acceso a las prestaciones. Unas prestaciones, obvio es, que están reconocidas por nuestras Leyes y que se han denegado como consecuencia de que la gestación deriva de un negocio jurídico nulo. Lo que estamos haciendo, en contra de lo que el escrito del recurso entiende, es interpretar las normas sobre prestaciones de maternidad no solo a la luz de la "realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquella" (art. 3.1 CC) sino, muy especialmente, a la vista del tenor de otros preceptos que han quedado apuntados en los argumentos anteriores. No se trata de violentar lo preceptuado por el legislador sino de aquilatar el alcance de sus previsiones, armonizando los diversos mandatos confluyentes.

CUARTO.- Todo lo anterior conduce a que, de acuerdo con el parecer del Ministerio Fiscal, consideremos ajustada a Derecho la doctrina sentada por la sentencia recurrida, desestimando el recurso interpuesto frente a la misma por la Administración de la Seguridad Social, sin que proceda la imposición de costas, de conformidad con lo establecido en el artículo 235.1 de la LRJS.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1) Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, representado y asistido por la letrada de la Administración de la Seguridad Social. 2) Confirmar la sentencia dictada el 1 de julio de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el recurso de suplicación núm. 2460/2015, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 22 de Barcelona, de fecha 20 de enero de 2015, recaída en autos núm. 1275/2013, seguidos a instancia de D. Emiliano, contra Instituto Nacional de la Seguridad Social, sobre prestación de maternidad. 3) No efectuar pronunciamiento alguno sobre costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Voto particular

discrepante que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernandez, en relación con la sentencia dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina nº 3219/2016. Haciendo uso de



la facultad conferida por el art. 260.2 LOPJ , formulo voto particular discrepante frente a la sentencia dictada en el presente recurso 3219/15, por disentir -con el mayor respeto y toda consideración- del criterio adoptado por la mayoría de la Sala, en tanto que rechazo la pretensión de la parte actora -comitente en «maternidad por subrogación»- a disfrutar las prestaciones solicitadas. Y al efecto de justificar mi criterio me remito a las razones que expuse en la STS de 19/Octubre/2016 [rec. 3146/14], dictada por el Pleno de la Sala. Madrid a, 30 de noviembre de 2016 **PUBLICACIÓN.**- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Angel Blasco Pellicer hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ