



Roj: STSJ CAT 12193/2012 - ECLI:ES:TSJCAT:2012:12193
Id Cendoj: 08019340012012107789

Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social

Sede: Barcelona

Sección: 1

Nº de Recurso: 6240/2011

Nº de Resolución: 7985/2012

Procedimiento: Recurso de suplicación

Ponente: ADOLFO MATIAS COLINO REY

Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA
CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 08019 - 44 - 4 - 2009 - 0031002

EL

ILMO. SR. GREGORIO RUIZ RUIZ

ILMA. SRA. SARA MARIA POSE VIDAL

ILMO. SR. ADOLFO MATIAS COLINO REY

En Barcelona a 23 de noviembre de 2012

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A núm. 7985/2012

En el recurso de suplicación interpuesto por -I.N.S.S.- (Instituto Nacional de la Seguridad Social) frente a la Sentencia del Juzgado Social 25 Barcelona de fecha 14 de mayo de 2011 , dictada en el procedimiento Demandas nº 1214/2009 y siendo recurrido/a Severiano . Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. ADOLFO MATIAS COLINO REY.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 9 de diciembre de 2009, tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Incapacidad temporal, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 14 de mayo de 2011 , que contenía el siguiente Fallo:

" **Estimo** la demanda presentada per Severiano , en contra de l'Institut Nacional de la Seguretat Social sobre prestació de maternitat i **declaro** el dret de la part actora a percebre la prestació de maternitat per part múltiple i **condemno** a l'INSS a estar i passar per aquesta declaració i a abonar l'import de 17.730,72 euros a la part actora. "

SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

" **1r.-** Severiano amb DNI núm. NUM000 i en situació d'alta a la Seguretat Social, en data 28.04.09 va presentar sol·licitud de la prestació de maternitat per part múltiple, indicant com a data del part el 31.03.09 i inici del descans el 10.04.09, per naixement de les seves filles Marí Luz i Caridad .

2n.- L'INSS per resolució de 8.04.09 va requerir al demandant el llibre de família o certificat de inscripció en el Registre civil. El demandant va contestar per escrit indicant que no tenia llibre de família per estar l'expedient pendent de inscripció en el Registre civil central.

3r.- En data 14.08.09 l'INSS va denegar el dret a la prestació de maternitat biològica al no estar inclòs en cap de les situacions protegides.

4t.- Contra aquesta resolució va presentar reclamació prèvia que es va desestimar per resolució de 22.10.09 que esgota la via administrativa.

5é.- El demandant té la condició de família monoparental reconeguda per resolució del Departament d'Acció Social i Ciutadania de la Generalitat amb data 8.02.10. (foli núm. 44 i 45)

6é.- Les menors Marí Luz i Caridad van néixer mitjançant tècniques de reproducció humana assistida, sent el Sr. Severiano el pare genètic i els òvuls d'una donant anònima, a la ciutat de Modesto de l'Estat de Califòrnia (EEUU), de una gestant per subrogació a favor del Sr. Severiano. Per sentència del Tribunal Superior del Estado de Califòrnia Condado de San Diego, Distrito Central, Cas núm. D513365, es declara al demandant pare genètic i natural i únic tutor legal de les bessones Marí Luz i Caridad i s'atorga de forma immediata completa, exclusiva i permanent la pàtria potestat i la guarda i custòdia de les filles i de cada una d'elles per separat al sol·licitant, així com es disposa que en els certificats de naixement de les nenes figurara el nom del demandant com "Madre/Progenitor".

7é.- La sentència declara que la dona gestant per subrogació i el seu marit no són els pares previstos, genètics, naturals ni legals de les nenes, no tenen ni tindran en cap moment cap dret ni responsabilitat parental financera ni de cap altre tipus respecte de les menors, col·lectiva ni individualment.

8é.- En cas d'estimar-se la demanda l'import de la base reguladora mensual es de 3.166,20 euros (105,54 euros/dia) i l'import de la prestació es de 17.730,72 euros corresponent a 18 setmanes més 42 dies de subsidi especial. (sense controvèrsia)."

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandada, que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, a la que se dió traslado impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia de instancia, que estimó la demanda interpuesta por el demandante, mediante la que se declaraba su derecho a percibir la **prestación de maternidad** en los términos que constan en la parte dispositiva, se interpone el presente recurso de suplicación.

En el único motivo del recurso, que se dirige a la censura jurídica, con amparo procesal en el apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, la parte recurrente denuncia la infracción del artículo 133, bis de la Ley General de la Seguridad Social, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores y artículo 30.3 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, e infracción del artículo 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo.

Alega la parte recurrente que, en el presente caso, se denegó a la parte demandante el subsidio de **maternidad** biològica por parto múltiple ya que no queda acreditado que reúna los requisitos que establece el artículo 133, bis de la Ley General de la Seguridad Social. Consta que los menores nacieron mediante técnica de reproducción asistida en el estado de California y se solicita que se aporte el libro de familia o certificado de la inscripción en el Registro Civil; en el expediente administrativo no consta ni el libro de familia ni resolución judicial de adopción que serían documentos imprescindibles para generar el derecho a **prestación**. Alega también la parte recurrente que en el ordenamiento español es nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio. Afirma que, al haberse producido el nacimiento en el extranjero, la **prestación de maternidad** se entiende supeditada a que la filiación quede inscrita en el correspondiente Registro Civil español, considerando que la **prestación por maternidad** en el supuesto enjuiciado, no tiene encaje en ninguna de las situaciones protegidas por el artículo 133 bis de la LGSS, pues no se trata de **prestación por maternidad** que tenga su origen en parto biológico, adopción o acogimiento.

SEGUNDO.- La cuestión objeto de debate se centra fundamentalmente en determinar si la gestación por sustitución, cuya filiación ha quedado perfectamente acreditada, da derecho a disfrutar del permiso de **maternidad**, debiendo tenerse en cuenta que el Tribunal Superior del Estado de California, Condado de San Diego, declaró al demandante padre genético y natural y único tutor legal de las gemelas Marí Luz y Caridad, otorgándole de forma inmediata completa, exclusiva y permanente la patria potestad y la guarda y custodia de

las hijas y de cada una de ellas por separado, disponiendo que en los certificados de nacimiento de las niñas figurara el demandante como "Madr/Progenitor". Y que por Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 de junio de 2.011, se estimó el recurso de alzada interpuesto por el demandante contra la resolución del Encargado del Registro Civil Consular en San Francisco, sobre inscripción de nacimiento de dos menores, y acordó que se procediera a la inscripción solicitada. A tenor de los hechos declarados probados, el demandante es el único progenitor jurídico de las menores, al haberse autorizado en sede judicial la renuncia a "toda relación materno-filial con las menores" de la madre biológica.

Es cierto que los contratos de gestación por sustitución están expresamente prohibidos por las Leyes españolas (vid. Art. 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida) y que «la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto» (Art. 10.2 de la Ley 14/2006). Pero, en el presente caso, no se trata de determinar la filiación de las hijas nacidas en California, ni tampoco de decidir si una filiación determinada en virtud de una certificación registral extranjera puede acceder al Registro Civil español, porque la paternidad del demandante no solo está reconocida en la sentencia del Tribunal Superior del Estado de California, Condado de San Diego, sino también por el hecho de que el nacimiento y filiación de las nacidas se han inscrito en el Registro Civil Consular de San Francisco, California.

Lo que aquí se cuestiona es el derecho a la **prestación por maternidad**. El artículo 133 bis de la vigente Ley General de la Seguridad Social, a efectos de la **prestación de maternidad**, considera situaciones protegidas, la **maternidad**, la adopción y el acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año, y aunque dichos acogimientos sean provisionales, durante los períodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48.4 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y en el artículo 30.3 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la reforma de la función pública.

El artículo 133 ter dispone que serán beneficiarios del subsidio por **maternidad** los trabajadores por cuenta ajena, cualquiera que sea su sexo, que disfruten de los descansos referidos en el artículo anterior, siempre que, reuniendo la condición general exigida en el artículo 124.1 y las demás que reglamentariamente se establezcan, acrediten los períodos mínimos de cotización que en él se detallan.

Por su parte, el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, que desarrolla reglamentariamente la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, ha llevado a cabo una notable intensificación y ampliación de la acción protectora de la Seguridad Social, recogiendo en su artículo 2.2 dentro de las situaciones protegidas: "2. Se considerarán 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."

El artículo 14 establece los requisitos de la solicitud de la **prestación económica por maternidad**; en su apartado 2 contiene los documentos que preceptivamente deben acompañar a la solicitud, entre los que se encuentra, para la **maternidad**, el informe de **maternidad** expedido por el Servicio Público de Salud que atendió a la trabajadora embarazada en el que constan la fecha probable del parto y la fecha del parto, y para la adopción o acogimiento, la resolución judicial por la que se constituye la adopción o la resolución administrativa o judicial por la que se concede el acogimiento familiar y la certificación de la empresa o administración pública en la que conste la fecha de inicio de la suspensión laboral o del permiso, respectivamente.

La finalidad de la **prestación de maternidad** está relacionada no solo con el descanso obligatorio y voluntario por el hecho del parto, sino también con la atención o cuidado del menor, que se convierte en elemento prioritario desde el momento en que no solo se atribuye la condición de beneficiario a la madre, sino también al padre, y por el hecho de haberse ampliado la **prestación** a supuestos en los que no hay alumbramiento. El objeto de la **prestación** se vincula más con la atención al menor, hasta el punto que el RD 295/2009 amplía la protección no solo a los supuestos de adopción y acogimiento, sino a 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".

El caso del demandante es equiparable a dichas situaciones porque la **maternidad** ha sido declarada en sentencia del Tribunal De California y la misma ha sido inscrita en el Registro Civil español. Si en los demás supuestos distintos a la **maternidad** natural, se reconoce el derecho a la **prestación** para procurar la atención del menor, esta finalidad también concurre en el presente supuesto. Al no discutirse la filiación de las recién nacidas como hijas del demandante, debe incluirse al mismo en algunas de las situaciones que dan lugar al derecho a la **prestación** por **maternidad**. Este es, además, el criterio mantenido por otras Salas de lo Social; así las de Castilla-León de 5 de mayo de 2.010, "cuando menos, debería equipararse el supuesto de la actora al de la adopción, en el que tampoco ha existido parto pero que sí aparece recogida en el mencionado artículo como situación generadora de la **prestación** aquí reclamada" (También la sentencia del TSJ de Madrid de 30 de noviembre de 2.009 se plantea la cuestión por ser la situación similar a la adopción, que era la tesis del demandante). En otros casos, se ha considerado que "al reconocer que la **maternidad** por sustitución es equiparable a las demás situaciones de hecho protegidas, la denegación de sus efectos cuando responde a la misma causa, supone una vulneración del principio de igualdad porque la diferente naturaleza de las instituciones no justifica la denegación del subsidio" (STSJ de Asturias de 9 de abril de 2012). O la de esta misma Sala de Asturias de 20 de septiembre de 2.012, al concluir que "la interpretación generosa de la referencia contenida en el Art. 2 del Real Decreto 295/2009 que considera jurídicamente equiparables a las figuras de adopción y acogimiento preadoptivo, permanente o simple, aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para aquéllas, cualquiera que sea su denominación, lleva a concluir que los supuestos de filiación están también amparados en la norma".

En definitiva, en el supuesto analizado, concurren los requisitos previstos legalmente para el reconocimiento del derecho al descanso por **maternidad** y par apercibir la correspondiente **prestación**, por lo que debe desestimarse el recurso y confirmarse la resolución recurrida.

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 25 de los de Barcelona de fecha 14 de mayo de 2.011 , dictada en los autos nº 1214/2009, sobre **prestación** por **maternidad**, confirmamos la resolución recurrida en todos sus pronunciamientos. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

La presente resolución no es firme y contra la misma puede interponerse Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, el cual deberá prepararse mediante escrito con la firma de Abogado y dirigido a ésta Sala en donde habrá de presentarse dentro de los diez días siguientes a la notificación, con los requisitos establecidos en el Art. 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el art. 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , consignará como depósito, al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en El Banco Español de Crédito -BANESTO-, Oficina núm. 2015, sita en Ronda de Sant Pere, nº 47, Nº 0937 0000 66, añadiendo a continuación los números indicativos del recurso en este Tribunal.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el art. 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANESTO (oficina indicada en el párrafo anterior), Nº 0937 0000 80, añadiendo a continuación los números indicativos del Recurso en este Tribunal, y debiendo acreditar el haberlo efectuado, al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

Así por nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a Ponente, de lo que doy fe.