



Roj: **STS 4837/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:4837**

Id Cendoj: **28079149912016100031**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **19/10/2016**

Nº de Recurso: **1650/2015**

Nº de Resolución: **897/2016**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **LUIS FERNANDO DE CASTRO FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Social**

#### **PLENO**

#### **Sentencia núm. 897/2016**

Fecha de sentencia: 19/10/2016

Tipo de procedimiento: UNIFICACIÓN DOCTRINA

Número del procedimiento: 1650/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 19/10/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernández

Procedencia: T.S.J.CATALUÑA SOCIAL

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Escudero Cinca

Transcrito por:

Nota:

Resumen

Prestación de maternidad. Supuesto de cónyuge en matrimonio de dos varones que acuden a maternidad subrogada en el extranjero, sin aportación de material genético de ninguno de ellos. Inexistencia de contradicción por invocarse como contraste la STJUE -Gran Sala- 18/Marzo/14 [asunto C-167/12 ], que examina el alcance de la protección en la maternidad en la Directiva 92/85/CE, y si bien en la misma sólo se protege la maternidad «natural», ello no prejuzga lo que al efecto pudiera disponerse en las legislaciones internas de los Estados miembros respecto de una posible protección de la gestación por «sustitución», por revestir aquella cualidad de norma mínima.

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 1650/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernández

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Escudero Cinca

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Social**

#### **PLENO**

#### **Sentencia núm. 897/2016**



Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jesús Gullón Rodríguez, presidente

D. Fernando Salinas Molina

D<sup>a</sup>. María Milagros Calvo Ibarlucea

D. Luis Fernando de Castro Fernández

D. José Luis Gilolmo López

D<sup>a</sup>. María Luisa Segoviano Astaburuaga

D. José Manuel López García de la Serrana

D<sup>a</sup>. Rosa María Virolés Piñol

D<sup>a</sup>. María Lourdes Arastey Sahún

D. Miguel Ángel Luelmo Millán

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Ángel Blasco Pellicer

D. Sebastián Moralo Gallego

D. Jesús Souto Prieto

D. Jordi Agustí Juliá

En Madrid, a 19 de octubre de 2016.

Esta Sala ha visto los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por el Letrado de la Seguridad Social, en la representación que ostenta de INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 9 de marzo de 2015 [rec 126/15], que resolvió el recurso interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 28 de Barcelona, autos 535/2013, en virtud de demanda presentada por D. Germán contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, sobre DERECHOS.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernández.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Con fecha 23 de julio de 2015, el Juzgado de lo Social nº 28 de Barcelona dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que estimando la demanda promovida por don Germán contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, declaro el derecho del actor que le sea reconocido el percibo de la prestación por maternidad en razón distanciamiento de su hijo Casiano , y condeno a la entidad gestora del INSS a abonarle dicha prestación conforme a una base reguladora mensual de 3.262,50-euros, con efectos del 27/12/2012, y por el período del 27/12/2012 al 17/04/2013».

**SEGUNDO.-** En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: «PRIMERO.- El demandante don Germán , está afiliado al Régimen General de la Seguridad Social, en situación de alta o asimilada al alta.- (Hecho conforme entre las partes).- SEGUNDO.- En fecha NUM000 /2012 nació Casiano , del que es padre el actor y su esposo don Imanol .- La señalada filiación lo fue por gestación por sustitución, y fue declarada por sentencia de la Superior Court of the State of California de los estados Unidos de América.- Casiano fue inscrito en el Libro de Familia del actor y su esposo como hijo en fecha 21/03/2013.- (Expediente administrativo y documento 1 de la actora).- TERCERO.- En fecha 05/02/2013 el actor presentó solicitud ante el INSS para el percibo de la prestación por maternidad en razón del nacimiento de Casiano , siéndole denegada su solicitud por resolución de fecha 07/02/2013 "por no encontrarse en ninguna situación protegida".- Contra dicha resolución interpuso reclamación previa que fue desestimada por resolución de fecha 04/04/2013.- (Expediente administrativo).- CUARTO.- En caso de estimación de la demanda, las partes están conformes en que la base reguladora asciende a la cantidad mensual de 3.262,50-euros, que la fecha de efectos es la de 27/12/2012, así como que el actor disfruto de período de descanso del 27/12/2012 al 17/04/2013.- (Hecho conforme)».

**TERCERO.-** La citada sentencia fue recurrida en suplicación por el Letrado de la Seguridad Social, en la representación que ostenta de INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, ante la Sala de lo Social



del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, la cual dictó sentencia en fecha 9 de marzo de 2015, en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: «Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra la sentencia de 23 de julio de 2014 dictada por el Juzgado de lo Social 28 de Barcelona en los autos 535/2013, seguidos a instancia de D. Germán; debemos confirmar y, en su integridad confirmamos la citada resolución».

**CUARTO.-** Por el Letrado de la Seguridad Social, en la representación que ostenta de INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, se formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de marzo de 2014 (C-167/12).

**QUINTO.-** Por providencia de esta Sala, se procedió admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar improcedente el recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo en el Pleno del día 19 de octubre de 2016, en el que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** 1.- Se recurre en las presentes actuaciones la STSJ Cataluña 09/Marzo/2015 [rec. 126/15], que confirmó la sentencia que en 23/Julio/2014 había dictado el J/S nº 28 de los de Barcelona en los autos 535/13, y por la que se reconoció al accionante -Don Germán- el derecho a «que le sea reconocido el percibo de la prestación por maternidad en razón al nacimiento de su hijo Casiano ...».

2.- El presupuesto fáctico de la Litis, conforme al inmodificado relato de hechos, es -resumiendo- el que sigue:

a).- Que en NUM000 /2012 nació Casiano, habiéndose declarado por sentencia de «Superior Court of the State of California» que era hijo del actor y de su esposa Imanol.

b).- Que tal filiación reconocida lo fue a virtud de gestación por subrogación.

c).- Que hallándose en situación del alta en el RGSS, el actor solicitó prestación por maternidad, que el INSS denegó «por no encontrarse en ninguna situación protegida».

3.- El pronunciamiento del Tribunal Superior es recurrido en unificación de doctrina por el INSS, que alega infracción de los arts. 133 bis LGSS y del art. 48.4 ET, en relación con los arts. 23 de la LRC, 981 LECv, 10 de la Ley 14/2006 [26/Mayo] y del art. 16.1 de la Directiva 92/85/CEE [19/Octubre/92], así como de la doctrina jurisprudencial expresada por la STS -1ª- 06/02/14 [rec. 245/12]. Y que señala como decisión de contraste la STJUE -Gran Sala- 18/Marzo/14 [asunto C-167/12].

**SEGUNDO.-** 1.- Es regla general de la casación para la unidad de la doctrina que con carácter previo al examen de la cuestión de fondo y como presupuesto de admisibilidad del recurso, necesariamente haya de examinarse el requisito de contradicción impuesto por el art. 219.1 LJS, y que es requirente de identidad sustancial entre los pleitos a contrastar. Y tal exigencia también se impone cuando -como en autos- se trata de una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, siendo así que el apartado «2» de aquel precepto señala como posible «doctrina de contradicción la establecida en las sentencias dictadas por ... los órganos jurisdiccionales instituidos en los Tratados y Acuerdos internacionales en materia de derechos humanos y libertades fundamentales ... siempre que se cumplan los presupuestos del número anterior referidos a la pretensión de tutela de tales derechos y libertades».

Pues bien, tales presupuestos no son sino que las decisiones judiciales que hubieren llegado a pronunciamientos distintos lo hubiesen sido -conforme señalamos antes- «... en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales». Con lo que «salvando las peculiaridades de los procedimientos en que las sentencias comparadas se dicten, el análisis de las identidades debe mantenerse también en estos casos», de forma que «no es suficiente con que el derecho ... invocado sea el mismo, sino que se hace precisa una más minuciosa coincidencia en el sustrato fáctico del que parte para lograr su protección», pues si bien es innegable que el legislador ha «relajado la contradicción», ello «no significa que la misma haya desaparecido, pues el contraste de doctrinas se permite «siempre que se cumplan los presupuestos del número anterior».

Pero en todo caso también hemos entendemos, en aquella línea flexibilizadora, que no es necesario que las pretensiones sean idénticas, aunque sí hayan de serlo los respectivos debates sobre la vulneración del derecho, de manera que desde la perspectiva de ese derecho invocado -constitucional o comunitario-, las situaciones han de ser homogéneas, pues de lo contrario no podía hablarse -con propiedad- de contradicción entre doctrinas, de manera que «[e]n suma, no se exige la identidad integral habitual [“hechos, fundamentos



y pretensiones"] pero sí la homogeneidad en los debates [problema suscitado]» ( SSTS 14/11/2014 -rcud 1839/13 -; 14/11/2014 -rcud 2431/13 -; 06/07/15 -rcud 1758/13 -; y 14/07/16 -rcud 3761/16 -).

2.- Entrando ya en el examen del supuesto objeto de debate, cumple señalar que en la decisión de contraste el TJUE enjuicia situación relativa a madre subrogante del Reino Unido que ha tenido hijo mediante convenio de gestación por sustitución -válido en UK- y a la que en sede judicial se le niega permiso de maternidad, habiendo entendido la decisión referencial que tal denegación no vulnera ni la Directivas 92/85/CEE [relativa a «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 periodo de lactancia»] ni la 2006/54 CEE [sobre «la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres»]. Y en la ahora recurrida, el debate gira en torno a si la protección dispensada por el art. 133 bis LGSS/1994 a «la maternidad, la adopción y el acogimiento» puede entenderse que alcanza al supuesto de «maternidad por sustitución».

3.- Ciertamente que algunas diferencias -fácticas y normativas- existentes entre los supuestos a comparar no serían obstáculo alguno para apreciar cumplimiento del requisito de la contradicción. En concreto: a) en Reino Unido la maternidad subrogada es legal cumpliendo determinados requisitos [entre otros la necesaria aportación genética de uno de los padres subrogantes], en tanto que la legislación española está expresamente prohibida por el art. 10.1 de la LRHA [Ley 14/2006, de 26/Mayo ]; b) en el caso de la decisión del Tribunal de Justicia de la UE, la reclamante amamantaba al bebé, en tanto que ello -obviamente- no concurre en el presente supuesto.

Y no serían obstáculo tales divergencias, porque es posible apreciar la contradicción en supuestos en los que si bien en sentido estricto la misma no concurre, pero en los que la sentencia de contraste haya ido «más allá» que la otra, en el sentido de que aunque sus afirmaciones fácticas o las normas aplicables son de inferior apoyo a la pretensión, sin embargo la misma es acogida; o muy contrariamente, con elementos fácticos o jurídicos de mayor sostén, sin embargo la demanda es rechazada ( SSTS 22/05/97 -rcud 3930/96 -; ... SG 20/10/15 -rcud 1412/14-; 20/01/16 -rcud 3106/14-; y 01/06/16 -rcud 60/15-).

4.- Pero en el presente caso concurren también otras diferencias, que muy contrariamente resultan un obstáculo para apreciar el requisito de contradicción. En concreto:

a).- Como se cuida de precisar el propio TJUE, la protección que dispone la Directiva 92/85/CE [19/Octubre/1992] por el concepto de «permiso de maternidad», se limita a la trabajadora «embarazada», «que ha dado a luz» o «en periodo de lactancia», por lo que «la atribución de un permiso por maternidad con fundamento en el artículo 8 de la Directiva 92/85 requiere que la trabajadora que se beneficie de él haya estado embarazada y haya dado a luz al niño» [apart. 37].

Diversamente, en el litigio ahora debatido la prestación reclamada alcanza como situaciones protegidas -según vimos- no solamente a la «maternidad» propiamente dicha, sino también a las situaciones asimiladas de «la adopción y el acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple ... durante los periodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en el art. 48.4» del Estatuto de los Trabajadores ( art. 133 bis LGSS/1994 ).

b).- En la decisión de contraste, la Gran Sala del Tribunal de Justicia se limita a declarar que el art. 8 de la Directiva 92/85/CEE «debe interpretarse en el sentido de que los Estados miembros *no están obligados* ... a conferir un permiso de maternidad a una trabajadora, en su calidad de madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución, incluso cuando puede amamantar a ese niño tras su nacimiento o lo amamante efectivamente»; y que el art. 14 de la Directiva 2006/54/CE [05/Julio/2006 ], «debe interpretarse en el sentido de que el hecho de que un empleador deniegue un permiso de maternidad a una madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución *no constituye una discriminación* basada en el sexo».

Pero desde el momento en que el Derecho de la UE constituye una garantía de mínimos susceptible de ser mejorados por las legislaciones internas de los Estados miembros, la circunstancia de que el derecho pretendido no encuentre - innegablemente- apoyo en las referidas Directivas [tal como declara tajantemente -según acabamos de ver- la decisión invocada como contraste], ello no impide que el derecho que se reclama pudiera estar reconocido -pese a todo- por la legislación española.

5.- De esta forma resulta claro que aunque la maternidad por sustitución no tiene en el Derecho de la Unión la misma protección que la maternidad natural, esta circunstancia no sería óbice para que el Derecho español pudiera -en su caso- atribuirle la misma consideración a los efectos legales; máxime cuando -y esta es otra diferencia entre los supuestos a contrastar- el Derecho comunitario únicamente contempla como objeto de protección la gestación propiamente dicha, en tanto que nuestra legislación de Seguridad Social atribuye los mismos efectos a la adopción y al acogimiento, lo que -al menos a efectos dialécticos- pudiera dar una cierta



cobertura argumental a la pretendida aplicación analógica de la prestación en los supuestos de maternidad subrogada; cuestión esta que no vamos a analizar en el presente procedimiento, precisamente por impedirlo la falta de contradicción.

**TERCERO.-** Las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar -oído el Ministerio Fiscal- que ya *ab initio* concurría causa de inadmisión del recurso, por inexistencia de contradicción con la sentencia aportada como contraste, lo que en esta fase del procedimiento se transforma en la desestimación del mismo [ SSTS 03/04/92 -rcud 1439/91 -; ... 21/06/16 -rcud 2819/14 -; y 22/06/16 -rcud 3551/14 -]. Sin imposición de costas [ art. 235.1 LRJS ].

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido Desestimar -por inexistencia de contradicción- el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL frente a la sentencia dictada por el TSJ de Cataluña en fecha 09/Marzo/2015 [recurso de Suplicación nº 126/15 ], que a su vez había confirmado la resolución -estimatoria de la demanda- que en 23/Julio/2014 pronunciara el Juzgado de lo Social núm. 28 de los de Barcelona [autos 535/13], a instancia de Don Germán , en materia de prestaciones por maternidad.

Sin imposición de costas.

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

Así se acuerda y firma.

D. Jesús Gullón Rodríguez D. Fernando Salinas Molina

D<sup>a</sup> María Milagros Calvo Ibarlucea D. Luis Fernando de Castro Fernández

D. José Luis Gilolmo López D<sup>a</sup> María Luisa Segoviano Astaburuaga

D. José Manuel López García de la Serrana D<sup>a</sup> Rosa María Virolés Piñol

D<sup>a</sup> María Lourdes Arastey Sahún D. Miguel Ángel Luélmo Millán

D. Antonio V. Sempere Navarro D. Ángel Blasco Pellicer

D. Sebastián Moralo Gallego D. Jesús Souto Prieto

D. Jordi Agustí Juliá

**PUBLICACIÓN.-** En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Luis Fernando de Castro Fernández 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.