



Roj: **STSJ CAT 2488/2017 - ECLI:ES:TSCAT:2017:2488**

Id Cendoj: **08019340012017102019**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **17/03/2017**

Nº de Recurso: **97/2017**

Nº de Resolución: **1930/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **LUIS REVILLA PEREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

**SALA SOCIAL**

**NIG : 08019 - 44 - 4 - 2015 - 8013885**

EBO

**Recurso de Suplicación: 97/2017**

ILMO. SR. IGNACIO MARÍA PALOS PEÑARROYA

ILMA. SRA. M. MAR GAN BUSTO

ILMO. SR. LUIS REVILLA PÉREZ

En Barcelona a 17 de marzo de 2017

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. 1930/2017**

En el recurso de suplicación interpuesto por Rocío frente a la Sentencia del Juzgado Social 2 Barcelona de fecha 30 de marzo de 2016 dictada en el procedimiento Demandas nº 301/2015 y siendo recurrido/a Instituto Nacional de la Seguridad Social. Ha actuado como Ponente el/la Ilmo. Sr. LUIS REVILLA PÉREZ.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 27 de marzo de 2015 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 30 de marzo de 2016 que contenía el siguiente Fallo:

" **Que desestimando la demanda** presenta por Rocío contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD debo absolver a la entidad gestora de la pretensión deducida en su contra."

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

1º.- La demandante, de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, el 17-10-2014 presentó una solicitud de maternidad, tras un proceso de gestión por sustitución, con fecha de inicio del descanso 20-8-2014,



coincidente con la del nacimiento del menor en el Estado de Texas de Estados Unidos de América, constando inscrito en el Régimen Civil del Consulado de España (Inscripción y Libro de Familia).

2º.- Por resolución del INSS de 9-12-2014 se denegaba la solicitud de maternidad por no hallarse en ninguna de las situaciones protegidas en la normativa.

3º.- El 9-1-2015 presentó reclamación previa por no estar de acuerdo que por R. de 26-2-2015 era desestimada. Alega que el nacimiento del menor el pasado NUM000 -2014, en el Estado de Texas (EEUU), obedece a un proceso de gestación por sustitución, debidamente resuelto por la Jurisdicción de Estados Unidos de América, declarándose la filiación del menor a su favor e inscrito el menor en el Registro Civil consular.

4º.- Para el caso de prosperar la demanda: 1.- base reguladora de 1051,50 €. 2.- fecha de efectos 29-8-2014.

**TERCERO.-** Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte actora, que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, a la que se dió traslado no impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Por la beneficiaria demandada se interpone recurso de suplicación contra la sentencia dictada por el juzgado de lo social que, desestimando la demanda interpuesta por la misma, madre en supuesto de maternidad subrogada, gestación por sustitución, le negó derecho a la prestación por maternidad.

Y lo hizo confirmando el criterio desestimatorio que contenía la resolución administrativa impugnada porque aunque la beneficiaria figura inscrita como progenitora del menor lo hace por título jurídico diferente a la adopción o acogimiento que en la conclusión de la sentencia es inhábil al objeto propuesto.

El recurso con desarrollo en exclusiva causa de censura jurídica no ha sido impugnado por la gestora.

Constituye, pues, el objeto del recurso interpuesto si en supuesto como el que nos ocupa de maternidad subrogada la que luego aparecen inscrita como progenitor tienen derecho a percibir la prestación por maternidad.

**SEGUNDO.-** Contra la sentencia de instancia se alza la beneficiaria invocando como único motivo, de conformidad con lo dispuesto en el art. 193.c) de la LRJS, la infracción de normas sustantivas y jurisprudencia, por infracción de los artículos 133 bis y ter de la LGSS, redacción del RDL 1/1994, vigente en el hecho causante, en relación con los artículos 2.2, 2.4 y 2.10 del RD 295/2009, de 6 de marzo, regulador de las prestaciones económicas del sistema de seguridad social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, así como con los artículos 24 y 39 de la CE.

Cuestión de igual tenor y naturaleza ya ha sido formulado y resuelta por la Sala ya ha tenido ocasión de darle cumplida respuesta en nuestra sentencia de 11/02/2016 (Rec. 6519/2015), a la que han seguido otras como las de 15/04/2016 (Rec. 2801/2016) o 19/07/2016 (Rec. 2965/2016), en la que dijimos, en reflexión y conclusión de la que no queremos ni podemos apartarnos:

"La recurrente considera que no existe derecho a la prestación de maternidad en casos de maternidad subrogada, estando ésta prohibida y siendo nula de pleno derecho según la ley 14/2006. Las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencias 18 de marzo de 2014 (casos 167/12 y 363/2012) consideran que los estados no están obligados a conferir un permiso de maternidad a una madre subrogante que ha tenido un hijo por gestación por sustitución, ni es discriminación por razón de sexo denegar por un empresario un permiso de maternidad a una madre subrogante que ha tenido un hijo por convenio de gestación por sustitución, ni constituye discriminación por discapacidad la denegación en el mismo sentido, considerando que la normativa se ajusta a las directivas comunitarias. La sentencia del TS Sala Civil de 6 de febrero de 2014 (Rec. 245/2012) deja sin efecto la inscripción en el Registro Civil español de dos menores nacidos en California por gestación por sustitución. No puede concederse en base a la sentencia del TEDH de 26-4-2014 pues no hace referencia a la prestación por maternidad subrogada, y de esta sentencia no se puede desprender una adaptación o cambio de regulación legal. Y solicita que se desestime la demanda interpuesta.

No obstante, sus alegaciones deben ser desestimadas pues ha declarado esta Sala, entre otras en la sentencia de fecha 1 de julio de 2015 Rec. 2460/2015 que "debemos poner de manifiesto que esta misma sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse a favor de la tesis del recurrente en asuntos absolutamente idénticos al presente en las sentencias de 23 de noviembre de 2012 (rec.6240/11) y en la más reciente de 9 de marzo de 2015 (rec.- 126/2015), desestimando el recurso del Instituto Nacional de la Seguridad Social, en el que se invocaban los mismos argumentos jurídicos y precedentes que se alegan en este caso en su escrito de impugnación.



Como decimos en esta segunda sentencia: "Aun reconociendo que "los contratos de gestación por sustitución están expresamente prohibidos por las Leyes españolas y que «la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto» ( Art. 10 de la Ley 14/2006 ), advierte la sentencia de la Sala de 23 de noviembre de 2012 que (al igual que ahora acontece -hecho segundo de la recurrida-) "no se trata de determinar la filiación... ni tampoco de decidir si una filiación determinada en virtud de una certificación registral extranjera puede acceder al Registro Civil español (...) la finalidad de la prestación de maternidad está relacionada -precisa dicha sentencia- 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 (avanza aquélla en su razonamiento) 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". Valoradas circunstancias que le llevan a concluir (en armonía con lo resuelto por las Sentencias del TSJ de Madrid de 30 de noviembre de 2.009 , Castilla-León de 5 de mayo de 2.010 y de Asturias de 9 de abril de 2012 ) que la situación de reclamante se equipara a tales situaciones porque -como ahora también sucede- la maternidad ha sido declarada en sentencia del Tribunal de California y la misma ha sido inscrita en el Registro Civil español". De tal manera que "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... (debiendo) incluirse al mismo en algunas de las situaciones que dan lugar al derecho a una prestación que, como la de maternidad, da "cobertura una situación de intereses complejos entre los que destaca, como predominante, la atención al menor durante la etapa inicial de su vida familiar, apareciendo como intereses coyunturales la necesidad de atención a la madre, como consecuencia del parto, que sirve como criterio distributivo del derecho, estableciendo una cotitularidad jerarquizada" ( STSJ de Madrid de 30 de noviembre de 2009 ).

En desarrollo del apuntado criterio finalista advierte la sentencia del mismo Tribunal de 13 de marzo de 2013 (recurso 3783/2012 ) que carece de la necesaria justificación negar el derecho a la misma sobre la base de que "la relación de filiación es ilegal...el derecho a la no discriminación en función de la filiación supone un orden público de constitución supralegal, de modo que el carácter ilegal de una filiación no justifica ningún trato diferenciado...(si) la prestación de paternidad o de maternidad -avanza la Sala de Madrid en su razonamiento- son técnicas sociales tuitivas del menor, formas de garantizarle una mayor atención, la denegación de la prestación supone en realidad privarlos de la asistencia y dedicación que a través de la prestación se abona a los padres", por lo que "carece de sentido invocar (como hace la Entidad Gestora en el enunciado del único motivo de su recurso) la Ley 14/2006 (art. 10 )...pues no es una norma reguladora de la prestación de paternidad, ni tiene por objeto condicionar la atención a los menores (sino la de) proteger la maternidad biológica, cuestión ajena a este litigio donde se trata de proteger el derecho del menor, que quedaría desamparado en base a una hipotética tutela de un anónimo derecho biológico". No se puede invocar válidamente "hipotéticos derechos biológicos naturales, de personas anónimas que difícilmente podrán ostentarlo dada su nacionalidad...frente a los hechos ciertos y reales (...)".

En interpretación de la norma jurídico-sustantiva a cuya infracción referencia la Entidad Gestora su único motivo de censura ( art. 133 bis de la LGSS ); que considera "situaciones protegidas la maternidad , la adopción y el acogimiento..." advierte el pronunciamiento analizado que la norma no da una definición de qué se entiende por lo primero; lo que obliga a remitirnos "al concepto general de estado o cualidad de madre, que no exige ineludiblemente el previo hecho del parto de esa madre, aunque éste sea el primer supuesto, de ahí que se le equiparen la adopción y el acogimiento, si bien como situaciones distintas y claramente diferenciadas de dicha maternidad biológica". Por otra parte, "refiriéndose el art 133 ter de la misma norma a los beneficiarios de la prestación como a los trabajadores por cuenta ajena, cualquiera que sea su sexo..." ello "permite mantener indiferenciada la condición de progenitor de cada uno de los miembros de la pareja en relación con los hijos". Y si no se puede hacer "de peor derecho a aquéllos respecto de la constituida por miembros de distinto sexo,... el parto como hecho biológico (no puede suponer) un obstáculo insalvable en función de los restantes supuestos de adopción y acogimiento y los que (como el litigioso) puedan asimilarse a los mismos...sobre la base de que en él la madre biológica no aparece como madre a los efectos civiles y no se le ha reconocido ningún derecho al respecto, habiéndose logrado la filiación legal por el actor y su pareja".

Avanzando en su argumentación, distingue la Sentencia que se cita 13 de marzo de 2013 dos situaciones diferenciadas "en relación con la llegada de un hijo/a al núcleo familiar, generador de ese derecho de licencia de maternidad o paternidad: a) La de parto, como causa de suspensión del contrato de trabajo, que sólo corresponde a la madre que físicamente ha gestado y ha dado a luz un/a hijo/a, y b), la situación sin parto de



los otros progenitores que, en el grado y condición que corresponda, también se ven afectados por esa nueva configuración familiar pero desde otra perspectiva y relación con el sujeto que la motiva".

Al igual que acontece en el caso de litis no es posible atribuir la primera de ellas a quien "no es mujer y no ha sufrido un proceso de gestación ni ha parido. Su condición de progenitor... no la ostenta por ser sujeto que ha contribuido físicamente a dar a luz sino que viene otorgada porque así figura en el Registro Civil en su condición de sujeto que ha obtenido esa posición por virtud de una filiación conseguida mediante gestación por sustitución (...) Junto a las anteriores, y como situaciones ajenas, pero claramente asimiladas por el legislador a la maternidad por nacimiento de un hijo, pero con un tratamiento específico, se encuentra la adopción y el acogimiento familiar, como figuras que generan derecho a la suspensión del contrato de trabajo, en donde ambos progenitores podrán disfrutar del periodo de suspensión, simultánea o sucesivamente".

Estos "derechos laborales" (como el relativo a la suspensión con reserva de puesto de trabajo a que alude el artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores) se complementan con la acción protectora del Sistema de Seguridad Social comprensivo de la maternidad y paternidad a que alude el art. 38.1.c de la LGSS y -en su regulación específica- con (entre otros) el ya citado 133bis; por lo que, en coherencia con las situaciones que en el mismo se contemplan, "los sujetos beneficiarios de esa protección serán los trabajadores que disfruten de los periodos de suspensión del contrato de trabajo que se correspondan con las mismas, cualquiera que sea su sexo conforme" con al 133 ter de la misma Norma.

Como también acontece en el supuesto referenciado tampoco quien ahora reclama "ostenta la condición de sujeto beneficiario de la prestación de maternidad por parto, aunque figure como progenitor inscrito en el Registro Civil...bastaría con examinar el contenido de la propia prestación de maternidad por parto y sus diferencias con la maternidad por adopción y la posición que en una y otra ocupa el progenitor...en la prestación de maternidad por parto (se advierte) es la madre biológica la que tiene reconocido el derecho y sólo en contadas situaciones y circunstancias el legislador permite que pueda transferirse ese derecho al otro progenitor, que lo obtendrá como tal derecho de maternidad y por existir madre biológica. La finalidad de la maternidad por parto... no es equiparable con la situación (litigiosa)...porque, además de la finalidad que se persigue con esta concreta protección (salud de la madre, antes y después del parto, además de la de su atención al nacido), su situación, en relación con el hijo, no sería en modo alguno semejante a aquella en la que se encuentra la mujer que va a alumbrar un hijo, incluso aunque aquél mantuviera vínculo biológico con éste, que le colocaría en la posición de progenitor pero no en el de madre o madre biológica que utiliza el ET y la LGSS..." (Sent cit.; que viene a reforzar la concreta protección al parto a que alude con lo dispuesto por el art. 133 sexies de la LGSS cuando, al regular el subsidio no contributivo identifica a sus beneficiarios como "las trabajadoras que "en caso de parto...").

Junto a la maternidad por parto, la norma menciona la maternidad por adopción y acogimiento familiar donde los sujetos beneficiarios son los que ésta identifica como progenitores de tal clase.

Desde esta normada referencia, y en la medida que el demandante y su pareja no han acudido a esta figura jurídica para establecer la relación familiar con su hijo, podría entenderse, en principio, que no les resulta de aplicación el régimen que pretende atribuirse; aparente óbice legal que la Sala de Madrid salva acudiendo para ello a la aplicación analógica (y también extensiva) de la norma por entender "que la posición del demandante, a los efectos litigiosos, es similar a la que, también como progenitores, ocupan aquéllos que se hallan en supuestos de adopción o acogimiento familiar y cubriendo de igual manera la finalidad que (se) persigue... porque aunque la maternidad derivada de la condición de progenitor inscrito como tal en el Registro Civil y en virtud de una gestación ...no está contemplada en la LGSS, ni, en consecuencia, desarrollada en el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, los supuestos guardan semejanza, en tanto en cuanto la posición que ocupan los progenitores en uno y otro caso respecto del nacido, adoptado o acogido es la misma en el marco de las relaciones laborales y familiares en las que están inmersos.

Esta reconocida similitud permitiría integrar una laguna legal por la identidad de razón que se ofrece "desde el momento en que se trata de dar protección por maternidad a quien ostenta la condición de progenitor de un menor por título jurídico diferente a la adopción o acogimiento pero idóneo por haber sido inscrito en el Registro Civil la filiación entre el menor y el que reclama la prestación. Si en la adopción son sujetos directos del derecho a la prestación de maternidad los progenitores, cualquiera que sea su sexo, sin mayor vinculación que la relación jurídica que ha generado esa filiación por adopción o acogimiento, con igual o mayor razón sería extensible ese derecho a quienes,... ostentan legalmente esa condición aunque derive de otro título al que el ordenamiento español, por medio de lo que la Dirección General de los Registros y Notariado ha interpretado y resuelto a raíz de la Instrucción de 5 de octubre de 2010, le ha otorgado reconociéndole la eficacia suficiente para generar el vínculo necesario para ser sujeto de las prestaciones que ahora se reclaman...". Pugna con la lógica más primaria -añade dicha sentencia a modo de conclusión- "que se deniegue la prestación al actor en sus descritas circunstancias cuando se le reconocería ex lege si él y su pareja se hubieran limitado a adoptar



o a acoger a un menor, solución que sería contraria al espíritu de la Ley Orgánica 3/2007 " (de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres).

(..) A la sentencia a la que nos remitimos en el fundamento anterior (del TSJ de Madrid de 13 de marzo de 2013; invocada y parcialmente reproducida por la Sala de Canarias/Las Palmas de Gran Canaria el 7 de julio de 2014 -recurso 145/2014-) se refiere el pronunciamiento de la misma data (7 de julio) y Tribunal (Madrid) para advertir del criterio que, en sentido contrario, sustenta la dictada por el País Vasco de 13 de mayo de 2014, seguida por la del TSJ de Andalucía (Sevilla) 4 febrero 2015 (rec.- 1317/14), en aplicación al caso de las dos sentencias del TJUE a las que también alude el Instituto demandado en su escrito de impugnación.

Antecedente que obvia el posterior pronunciamiento del Tribunal Superior de Madrid de 13 de enero de 2015 (recurso 688/2014 ) al reproducir el sustentado en aquella primera resolución; cuyo criterio reitera la de 23 de diciembre de 2014 (recurso de suplicación 497/2014) al mantener la conclusión favorable que en la misma se sustenta, sin que obste a ello lo argumentado por la Entidad recurrida en su escrito de impugnación cuando "trae a colación la STS de 6 de febrero de 2014 en respuesta a la alegación que de las resoluciones de la DGRN se hacen en el recurso" y las del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de 18 de marzo de 2014.

En respuesta a una cuestión prejudicial planteada por los Tribunales de la Gran Bretaña se mantiene (en la primera de ellas -asunto 167/12-) que mientras "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 (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE ), debe interpretarse en el sentido de que los Estados miembros no están obligados en virtud del artículo 8 de esa Directiva 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 amamanta efectivamente " ; el artículo 14 de 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, puesto en relación con el artículo 2, apartados 1, letras a) y b), y 2, letra c), de esa Directiva, debe serlo "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".

La segunda de dichas sentencias (de la misma data y referida también a una cuestión prejudicial planteada, en esta ocasión, por los Tribunales de la República de Irlanda -asunto 363/2012 -) se manifiesta ajena al ámbito del litigio al tratarse en la misma sobre la posible discapacidad de alguno de los cónyuges para poder tener hijos y de ahí la necesidad de acceder a este tipo de maternidad , para evitar ser discriminados. El Tribunal -interpretando la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación- pone de manifiesto que no constituye una discriminación por motivo de discapacidad el hecho de denegar la concesión de un permiso retribuido equivalente a un permiso de maternidad o un permiso por adopción a una trabajadora incapacitada para gestar a un niño y que ha recurrido a un convenio de gestación por sustitución .

En respuesta al interrogante enunciado en la introducción del segundo fundamento jurídico y obviando (por la razón ya expresada) el examen de este segundo pronunciamiento, es de advertir que tampoco el contenido del primero de ellos condiciona el tenor de las decisiones judiciales previas al mismo.

Aun obviando la formal discordancia entre lo que constituye el objeto de la sentencia analizada -permiso de maternidad- y la prestación correspondiente (pues, aunque "cada uno de ellos tiene su propia regulación hasta el punto de que puede existir el derecho al descanso...y no existir el derecho al subsidio por maternidad..." - ex arts. 48.4 ET y 133 ter LGSS-, se trata de "aspectos...íntimamente relacionados") se hace preciso recordar que las Directivas Comunitarias "tiene el carácter de norma mínima mejorable por las legislaciones y normas nacionales a favor de los trabajadores" ( STS de 18 de marzo de 2009 ; entre otras muchas); carácter y naturaleza que, en el presente supuesto, habrá de analizarse en concordante armonía con la conformación judicial de una prestación que, definida bajo los criterios hermenéuticos ya apuntados, encuentra precisamente en los principios informadores de nuestro Sistema la legitimidad de un devengo fundamentado más en el prioritario interés del menor protegido que en el del progenitor al que la Norma no le reconoce la condición de tal.

(...) Previamente a dictarse las sentencias que se citan del TJUE, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo había denegado (el 6 de febrero de 2014 ) la inscripción de filiación en el Registro Civil Español de dos niños nacidos en California de una madre de alquiler contratada por dos varones españoles casados entre sí), rechazando que ello afectara al interés superior de los mismos pues si bien "(...) es cierto que la filiación establecida en la legislación registral de California puede suponer un perjuicio para la posición jurídica de los menores... no



puede olvidarse que el establecimiento de una filiación que contradiga los criterios previstos en la Ley para su determinación supone también un perjuicio para el menor..." cuya protección (añade el Alto Tribunal entre otros argumentos) "no puede lograrse aceptando acríticamente las consecuencias del contrato de gestación suscrito por los recurrentes tal y como fueron aceptados por las autoridades de California con base en la legislación de dicho Estado...La protección ha de otorgarse a dichos menores partiendo de las previsiones de las leyes y Convenios aplicables en España, y la jurisprudencia que los interpreta y aplica, tomando en consideración su situación actual...".

Dicha sentencia cuenta con el Voto Particular de dos de los miembros del Tribunal, fundamentando éstos su discrepancia en el hecho de que "lo que se somete a la autoridad española no es la legalidad del contrato sino el reconocimiento de una resolución extranjera válida y legal conforme a su normativa"; por lo que "la denegación de este reconocimiento sólo podría producirse cuando se contraria el orden público entendido desde el interés superior del menor...", lo que se manifiesta sin perjuicio de advertir que "la tendencia en el derecho comparado camina hacia la regularización y la flexibilización de estos supuestos" expresada por la Instrucción (identificada al final del tercer fundamento jurídico) de la DGRN de 5 de octubre de 2010 "con la que se permite la inscripción en el Registro Civil de los hijos nacidos a través de la gestación por sustitución en los países cuya normativa lo permita siempre que alguno de los progenitores sea español". Criterio al que respondía la resolución de la que conoce el Alto Tribunal (de 18 de febrero de 2009) cuando pone de manifiesto que "se ha respetado el interés superior de la menor, de acuerdo a lo exigido por el artículo 3 de la Convención de 20 de noviembre de 1989 sobre derechos del niño" y que "la ruptura absoluta del vínculo de la menor con la madre gestante ... garantiza el derecho del menor a disponer de una filiación única, válida para todos los países" (Resoluciones de la misma Dirección General de 30 de noviembre y 22 de diciembre de 2011). El interés del menor -se añade a modo de conclusión- queda gravemente afectado al colocarse a los niños "de nacionalidad española...en un limbo jurídico incierto en cuanto a la solución del conflicto y a la respuesta que pueda darse en un supuesto en el que están implicados unos niños que siguen creciendo y creando vínculos afectivos y familiares irreversibles".

Con posterioridad a dicha sentencia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dicta la judicialmente aplicada de 26 de junio de 2014 (asunto *Menneson c. Francia*) que apela -entre otras razones y en armonía con lo resuelto por los pronunciamientos del mismo Tribunal de 16 de diciembre de 2014 y 20 y 27 de enero de 2015 - al repetido principio del interés superior del menor, concediendo un estatuto jurídico al concebido en el extranjero a través de una gestación por sustitución y, especialmente, en orden a determinar su filiación, nacionalidad y derechos sucesorios: considera que la ausencia de reconocimiento por el Derecho de un Estado del vínculo de filiación con los padres de intención puede tener como consecuencia la destrucción de su vida familiar creando una situación jurídica de incertidumbre que atenta a su derecho de identidad.

Fruto de las consideraciones realizadas por dicho Tribunal, la Circular de la DGRN de 11 de julio de 2014 mantiene la plena vigencia de su Instrucción de 5 de octubre de 2010, reconociendo así que la doctrina sentada por la Sala de lo Civil se ha visto afectada por la que ofrece el THDH. En el estado legislativo y jurisprudencial actual -señala en su Informe- "la instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución está plenamente vigente, por lo que debe seguir siendo aplicada por los Registros Civiles españoles a fin de determinar la inscribibilidad del nacimiento y filiación en los casos que entran en su ámbito de aplicación, sin que la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 constituya un obstáculo legal para ello (...) con independencia de las modificaciones de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, que puedan tramitarse en la materia a fin de dotarla de mayor seguridad jurídica".

No lo entiende así nuestro Alto Tribunal cuando -en su auto de 2 de febrero de 2015 (recurso 245/202)- rechaza la reclamada nulidad de su anterior pronunciamiento por vulneración de los derechos (a la tutela judicial efectiva, igualdad e intimidad familiar) aducidos en relación con la que se cita del TEDH.

Se advierte en el mismo que entre el caso francés que enjuicia y el español sólo existe un nexo común cual es que en ambos se había denegado "la transcripción al Registro Civil de las actas extranjeras de nacimiento que establecen la filiación de los niños respecto de los padres comitentes en supuestos de contratos de gestación por sustitución"; para -a continuación- poner de manifiesto las importantes diferencias que observa pues, "mientras que el Tribunal de Casación francés afirma la imposibilidad de que pueda determinarse legalmente en Francia cualquier relación de filiación entre el niño y los padres comitentes, ...el ordenamiento jurídico español...prevé que respecto del padre biológico es posible la determinación de filiación paterna" (con los pertinentes efectos en el ámbito sucesorio y de nacionalidad), teniéndose en cuenta "el interés superior del menor tal como es protegido por el ordenamiento jurídico español" (ex art. 10 de la Ley 14/2006); lo que se manifiesta -junto a otros argumentos adicionados a los expuestos- sin perjuicio de advertir sobre la "falta de alegación de perjuicios concretos causados a la identidad de los menores".



También esta segunda resolución (derivada de la sentencia de 6 de febrero de 2014 ) cuenta con un Voto Particular -al que se adhieren dos nuevos magistrados discrepantes- que viene a poner de manifiesto como la misma (y la dictada por el TEDH; única a la que se remite nuestro Alto Tribunal que elude -desde su diferente ámbito de afectación- toda referencia a las ya reseñadas del TJUE) "ofrece soluciones que parten de una misma prohibición como es la gestación por sustitución viciada de nulidad, con lo que la excepción de orden público seguiría existiendo en la forma que se dijo en ella...soluciones que...no (habiendo) podido materializarse hasta la fecha, mantienen una situación de incertidumbre inquietante en cuanto a la situación de los menores..." cuyo interés (aunque asociado al de sus padres) resulta "prevalente" al de éstos.

(..) Que el derecho a la prestación que judicialmente se atribuye al actor no se ve afectado por las sentencias que la Entidad Gestora invoca, se corrobora (más allá del debate relativo a su inscripción) por la probada circunstancia de que, en el caso de autos (tal y como se apuntó), la filiación de la que trae causa "fue declarada por sentencia" e inscrita "en el Libro de Familia del actor (de nacionalidad española) y su esposo como hijo en fecha 21/03/2013 ; estos es, en los términos informados por la (ratificada) Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010.

Con posterioridad a dictarse la Circular de 11 de julio de 2014, el BOE de 22 de julio de 2011 publica la (anunciada) Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (que entró en vigor el 22 de julio de 2014 -DF Décima-) cuyo artículo 96.2 se manifiesta en la línea argumentativa favorable al reconocimiento del derecho en cuestión.

Tras advertir -en el primero de sus apartados- que "Sólo procederá la inscripción en el Registro Civil español de las sentencias y demás resoluciones judiciales extranjeras que hayan adquirido firmeza. Tratándose de resoluciones de jurisdicción voluntaria, éstas deberán ser definitivas..." analiza -en el segundo- las distintas formas en que aquélla se podrá instar, bien "Previa superación del trámite del **exequátur**..." o "Ante el Encargado del Registro Civil, quien procederá a realizarla siempre que verifique: a) La regularidad y autenticidad formal de los documentos presentados; b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española; c) Que todas las partes fueron debidamente notificadas y con tiempo suficiente para preparar el procedimiento; d) Que la inscripción de la resolución no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español". Cumplidos estos trámites, "El Encargado del Registro Civil deberá notificar su resolución a todos los interesados y afectados por la misma. Contra la resolución del Encargado del Registro Civil los interesados y los afectados podrán solicitar **exequátur** de la resolución judicial o bien interponer recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado en los términos previstos en la presente Ley. En ambos casos se procederá a la anotación de la resolución en los términos previstos en el ordinal 5º del apartado 3 del art. 40, si así se solicita expresamente".

En aplicación de esta modificación legislativa la "sentencia" identificada en el segundo ordinal fáctico de la recurrida se constituiría en título válido de acceso al Registro Civil Español cuyo Encargado habrá de inscribir la resolución judicial extranjera en virtud de la cual se reconoce la filiación de los nacidos mediante dicho convenio de gestación por encargo, sin que obste a ello el art. 10 de la LTRHA pues lo que se somete a la autoridad española no es la legalidad del contrato gestacional, sino el reconocimiento de una decisión judicial extranjera válida y legal conforme a su normativa.

(...) Es cierto que esta normada previsión no resulta (temporalmente) aplicable a un expediente iniciado con anterioridad a su entrada en vigor (DT Primera), pero no lo es menos que con la misma se positiviza el consolidado criterio sobre la materia seguido por la Administración a través de citada Dirección General y que, entre otras, es seguido por la Sentencia ya identificada del TSJ de Madrid de 23 de diciembre de 2014 ; al reiterar la favorable conclusión que motivadamente desarrolla la de 13 de marzo de 2013.

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 (...) Reconocida la filiación debe respetarse el derecho que asiste a toda mujer si su legislación se lo permite para actuar como gestante ..." sin que (mas allá de las consideraciones vertidas en su análisis) resulte aplicable al caso la STS de 6 de febrero de 2014 cuando "la filiación biológica está establecida (mediante el hecho registral) y no es esto lo que se cuestiona, sino el derecho a disfrutar de la prestación de maternidad por el demandante...". Por otra parte (avanza aquélla en su razonamiento) generada la vida del menor e integrado en una familia "este 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..." (ex arts. 8 de la CEDH , 3.2 de la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos; en relación con la sentencia que se cita del TEDH).



Como "consecuencia de nuestra más favorable legislación no puede entenderse aplicable -afirma en desarrollo de la conclusión ya enunciada sobre el particular- la STJUE de 18 de marzo de 2014 ... pues es obvio que en nuestro ordenamiento hay disposiciones legislativas, reglamentarias o administrativas más beneficiosas que el contenido de mínimos de la Directiva 92/85/CEE de 19 de octubre de 1992 la cual establece unas medidas mínimas destinadas a la protección de la salud y seguridad de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. Nunca en ese marco de mínimos y atendiendo solo a ellos, sería su destinatario un padre biológico titular único de la relación jurídica parental como consecuencia de la renuncia de sus derechos de la progenitora biológica y que, a los presentes efectos, no ostenta la condición de titular de derechos en relación con el menor. La constancia registral (del progenitor biológico) no puede llevar a privar (al menor) de la atención, bienestar y cuidado que su persona merece y que constituye un elemento prioritario (añadimos que de Orden Público) de la prestación por maternidad en nuestra legislación...".

A esta misma prioridad (desde una perspectiva del Derecho Internacional) se refiere la Sala de Madrid por remisión a la Observación General núm. 14 de las Naciones Unidas de 2013 sobre la Convención de los Derechos del niño adoptado" (criterio que comparte las sentencias que cita de la Sala de lo Civil de nuestro Tribunal Supremo); lo que le lleva a considerar que "cuando una norma colisiona con el principio o cláusula general del interés superior del menor y con el de igualdad con independencia del nacimiento, su aplicación (e incluso su neutralización) debe realizarse conforme a las exigencias derivadas de un principio general prioritario, el del interés superior del menor...".

Para concluir, sólo apuntar que el Boletín General de las Cortes Generales de 20 de febrero de 2015 publicó la Proposición no de Ley sobre la creación de un marco regulatorio para gestación subrogada presentada a iniciativa del Grupo Parlamentario de Unión Progreso y Democracia para dotar a los mismos de una plena protección jurídica (más allá de la que, por las razones que se dejan relatadas, se les reconoce en el ámbito del litigio); reclamándose -a través de la misma- "La derogación del artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo , sobre técnicas de reproducción humana asistida contempladas por la ley..." para articular (entre otras cuestiones) tanto la irreversibilidad del "acuerdo....a efectos de filiación" como la imposibilidad de "impugnar la filiación del hijo nacido como consecuencia de tal gestación".

**TERCERO.** - Dicha doctrina, que ha sido contrastada como la adecuada por varias sentencias de casación para unificación de doctrina como las de 19/10/2016 (RECU 3146/2014) y (RECU 3818/2015 ) o 30/11/2016 ( RECU 3219/2015 ), es plenamente aplicable al caso que nos ocupa, pues la actora solicitó la prestación por maternidad con motivo del nacimiento de su hijo en fecha 29/08/2014 fruto de un contrato de gestación por sustitución formalizado en Texas y validado por resolución de Tribunal competente que declaró al menor como hijo de la demandante a todos los efectos desde el momento de su nacimiento, previa renuncia de sus madre biológica.

Consecuencia de lo anterior es que deba, estimando el recurso, revocarse el incorrecto criterio de la sentencia de instancia, reconociendo a la actora la prestación de maternidad postulada en los términos que se concretarán en la parte dispositiva de la presente resolución.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

## FALLAMOS

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por doña Rocío contra la sentencia de 30 de marzo de 2016 dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Barcelona en los autos nº 301/2015, seguidos a instancia de la recurrente contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL; debemos revocar la citada resolución y, estimando la demanda, reconocemos el derecho de la actora a percibir la prestación por maternidad en razón del nacimiento de su hijo, conforme al porcentaje del 100% de base reguladora de 1.051,50 euros mensuales, con efectos de 29/08/2014 y por periodo de 18 semanas, condenando al demandado a estar y pasar por tal declaración y a abonar la prestación en los términos indicados. 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.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia se devolverán los autos al Juzgado de instancia para su debida ejecución.

La presente resolución no es firme y contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. El recurso se preparará en esta Sala dentro de los diez días siguientes a la notificación mediante escrito con la firma de Letrado debiendo reunir los requisitos establecidos en el Artículo 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 artículo 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, depositará 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 BANCO SANTANDER, cuenta N° 0965 0000 66, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, con las exclusiones indicadas en el párrafo anterior, y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER, cuenta N° 0965 0000 80, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos. La parte recurrente deberá acreditar que lo ha efectuado al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

Podrá sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento de la condena por aval solidario emitido por una entidad de crédito dicho aval deberá ser de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento.

Para el caso que el depósito o la consignación no se realicen de forma presencial, sino mediante transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, en dichas operaciones deberán constar los siguientes datos:

La cuenta bancaria a la que se remitirá la suma es IBAN ES 55 0049 3569 920005001274. En el campo del "ordenante" se indicará el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y el NIF o CIF de la misma. Como "beneficiario" deberá constar la Sala Social del TSJ DE CATALUÑA. Finalmente, en el campo "observaciones o concepto de la transferencia" se introducirán los 16 dígitos indicados en los párrafos anteriores referidos al depósito y la consignación efectuados de forma presencial.

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 Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, de lo que doy fe.