



Roj: **STSJ AS 3514/2012 - ECLI:ES:TSJAS:2012:3514**

Id Cendoj: **33044340012012102307**

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

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **20/09/2012**

Nº de Recurso: **1604/2012**

Nº de Resolución: **2320/2012**

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **MARIA PAZ FERNANDEZ FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJSO 14/2012,**
STSJ AS 3514/2012

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL

OVIEDO

SENTENCIA: 02320/2012

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL OVIEDO

C/ SAN JUAN Nº 10

Tfno: 985 22 81 82

Fax: 985 20 06 59

NIG: 33044 34 4 2012 0101635

402250

TIPO Y Nº DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION 0001604 /2012

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: DEMANDA 0001043/2011 JDO. DE LO SOCIAL nº 002 de OVIEDO

Recurrente/s: INSS

Abogado/a: LETRADO SEGURIDAD SOCIAL

Recurrido/s: Estrella , SERVICIO DE SALUD DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS (SESPA) , MINISTERIO FISCAL

Abogado/a: CRISTINA DIAZ CARRERA, LETRADO COMUNIDAD(SERVICIO PROVINCIAL)

SENTENCIA Nº 2320/12

En OVIEDO, a veinte de Septiembre de dos mil doce.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la Sala de lo Social del T.S.J. de Asturias, formada por los Iltmos Sres. D. EDUARDO SERRANO ALONSO, Presidente, D^a. MARIA ELADIA FELGUEROSO FERNANDEZ, D. FRANCISCO JOSE DE PRADO FERNANDEZ y D^a. MARIA PAZ FERNANDEZ FERNANDEZ, Magistrados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el RECURSO SUPPLICACION 0001604/2012, formalizado por el LETRADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, en nombre y representación del INSS, contra la sentencia número 212/2012 dictada por JDO. DE LO SOCIAL N. 2 de OVIEDO en el procedimiento DEMANDA 0001043/2011, seguidos a instancia de Estrella frente al INSS, el SERVICIO DE SALUD DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS (SESPA) y el MINISTERIO FISCAL, siendo Magistrado-Ponente la Ilma Sra **D^a MARIA PAZ FERNANDEZ FERNANDEZ**.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D^a. Estrella presentó demanda contra el INSS, el SERVICIO DE SALUD DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS (SESPA) y el MINISTERIO FISCAL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 212/2012, de fecha nueve de Abril de dos mil doce.

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

1º) La actora presta sus servicios para el SESPA, con la categoría profesional de Técnico especialista de laboratorio.

2º) El 13 de julio de 2011 se dictó Resolución por el Tribunal Superior de California, Condado de San Diego, en la que se declara que la hoy actora es madre legal y natural del niño nacido de Belinda entre el 2 de junio de 2010 y el 5 de octubre de 2011 y declara que esta señora no es la madre del niño que tenga entre las citadas fechas; declara también que la responsabilidad financiera del citado niño corresponde a la actora y a Ignacio y que sólo ellos tendrán la custodia física y legal del menor. Se ordenó que el hospital en que naciera el niño tenido por Belinda entre el 5 de junio de 2010 y el 5 de octubre de 2011, expida el certificado de nacimiento en el que consten entre otros datos, el nombre del niño de acuerdo con las indicaciones de la actora y de Ignacio, permitir a ambos firmar el certificado, registrar la información dada por el padre biológico Ignacio y registrar la información confidencial de la actora.

3º) En el Registro Civil consular en Los Ángeles (Estados Unidos) figura como nacido Ricardo el NUM000 de 2011, siendo su padre Ignacio y su madre Estrella.

4º) La actora solicitó el 1 de septiembre de 2011 a la Unidad de Gestión de Personal del SESPA, que al finalizar su periodo vacacional el 31 de agosto de dicho año, le proporcionara el certificado de empresa para solicitar permiso de maternidad a disfrutar desde el 1 de septiembre al 22 de diciembre de 2011.

Le fue denegado por resolución de 23 de septiembre basándose en que conforme con la normativa vigente sólo cabe permiso por maternidad en los casos de parto, acogimiento y adopción, no siendo ninguno de ellos el que planteaba.

Presentó recurso de alzada ante el SESPA y reclamación previa ante el INSS.

El SESPA desestimó el recurso por resolución de 8 de febrero de 2012. El INSS resolvió desestimando la reclamación, el 2 de noviembre.

5º) El importe de la base reguladora mensual es de 73,25 €.

6º) Interpuso la demanda el 21 de diciembre de 2011 y se dio traslado al Ministerio Fiscal para que informara sobre la jurisdicción competente.

TERCERO: En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Que desestimo la excepción de incompetencia de jurisdicción y estimo la demanda interpuesta por D^a Estrella contra el SERVICIO DE SALUD DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS, el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y el MINISTERIO FISCAL y declaro la nulidad de la resolución del SESPA de 23 de septiembre de 2011 y del INSS de 2 de noviembre de 2011 y el derecho de la actora a disfrutar del permiso de maternidad durante un periodo de 16 semanas, condenando a los demandados a estar y pasar por esta resolución y al SESPA a emitir el certificado correspondiente".

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por el INSS formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en fecha 15 de junio de 2012.



SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 28 de junio de 2012 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia acogió favorablemente la pretensión deducida por la actora en su demanda, y declaró la nulidad de la resolución dictada por el Servicio de Salud del Principado de Asturias el 23 de setiembre de 2011 y la del Instituto Nacional de la Seguridad Social fechada el 2 de noviembre del mismo año, reconociendo a la demandante el derecho a disfrutar del permiso de maternidad durante un periodo de 16 semanas, con las consecuencias derivadas de dicha declaración.

Frente a la misma se alzó en suplicación el Instituto Nacional de la Seguridad Social articulando su recurso por el cauce que habilita el apartado c) del artículo 193 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, mediante dos motivos de censura jurídica.

El primero denuncia que la sentencia infringe lo dispuesto en el artículo 6, apartados 3 y 4 del Código Civil en relación con el artículo 10 apartados 1 y 2 de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, según la redacción consolidada por la Ley 45/2003, de 21 de noviembre.

Argumenta en esencia quien recurre, en términos prácticamente coincidentes a los opuestos en el plenario, que el contrato de gestación por sustitución de que trae causa el derecho al permiso de maternidad solicitado, así como su correspondiente prestación, es plenamente nulo y fraudulento y que la mera inscripción registral de la filiación no puede crear efectos constitutivos para una situación nula de pleno derecho máxime si tenemos en cuenta que las sentencias extranjeras, para ser válidamente reconocidas en España han de seguir el procedimiento de "exequátur".

Añade, en segundo y último lugar, que la resolución recurrida infringe, por falta de aplicación, lo dispuesto en el artículo 133 bis de la Ley General de la Seguridad Social que establece como situaciones protegidas por maternidad, la propia maternidad natural, la adopción y el acogimiento, tanto preadoptivo, como permanente o simple, argumentando que la actual redacción del antedicho precepto es la que vino dada por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, posterior a la Ley de Reproducción Asistida, según la redacción consolidada por la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por lo que el legislador, de haberlo querido, podría haber incluido otras hipotéticas situaciones de filiación.

El recurso fue impugnado por la representación letrada de la accionante que defendió la plena corrección de lo resuelto en la sentencia de instancia.

SEGUNDO.- La cuestión objeto de debate se centra fundamentalmente en determinar si -como ha resuelto la juzgadora "a quo"- la gestación por sustitución, cuya filiación ha quedado perfectamente acreditada, da derecho a la madre legal a disfrutar del permiso de maternidad.

Para ello hemos de partir de los incontrovertidos datos obrantes en el relato de la sentencia que a continuación se señalan:

A) El 13 de julio de 2011 se dictó Resolución por el Tribunal Superior de California, Condado de San Diego, en la que se declara que la hoy actora es madre legal y natural del niño nacido de Belinda entre el 2 de junio de 2010 y el 5 de octubre de 2011 y declara que esta señora no es la madre del niño que tenga entre las citadas fechas; declara también que la responsabilidad financiera del citado niño corresponde a la actora y a Ignacio y que sólo ellos tendrán la custodia física y legal del menor. Se ordenó que el hospital en que naciera el niño tenido por Belinda entre el 5 de junio de 2010 y el 5 de octubre de 2011, expida el certificado de nacimiento en el que consten entre otros datos, el nombre del niño de acuerdo con las indicaciones de la actora y de Ignacio, permitir a ambos firmar el certificado, registrar la información dada por el padre biológico Ignacio y registrar la información confidencial de la actora.

B) En el Registro Civil consular en Los Angeles (Estados Unidos) figura como nacido Ricardo el NUM000 de 2011, siendo su padre Ignacio y su madre Estrella.

C) La demandante, que presta servicios como técnica de laboratorio para el Servicio de Salud codemandado, solicitó el correspondiente certificado de empresa a efectos de pedir permiso de maternidad que le fue denegado el 23 de setiembre de 2011 por no encontrarse en ninguno de los supuestos legalmente previstos para obtenerlo. Presentó recurso de alzada, desestimado por resolución de 8 de febrero de 2012, y reclamación previa ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social que había hecho lo propio el 2 de noviembre de 2011.

TERCERO.- La Entidad Gestora reproduce en el escrito de formalización del recurso los mismos argumentos opuestos en el plenario ya rechazados por la Magistrada de instancia tras valorar los medios de prueba



practicados en el uso de las facultades a ella conferidas en el artículo 97.2 de la Ley de Jurisdicción Laboral, después de verificar el exhaustivo juicio de razonabilidad que se detalla en los cuatro Fundamentos de Derecho de su resolución, y la Sala no puede más que compartir su criterio.

Es indudable 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 dicho precepto no es de aplicación al caso que nos ocupa.

En efecto, no se trata aquí de determinar la filiación del nacido en California, ni siquiera de decidir si una filiación ya determinada en virtud de certificación registral extranjera puede acceder al Registro Civil español, porque la maternidad de la accionante no solo está reconocida en una resolución del Tribunal de San Diego, sino que el nacimiento y filiación del nacido se han inscrito en el Registro Civil Consular de Los Angeles.

Desde lo anterior, sí cabe el reconocimiento de los efectos jurídicos que de tal situación se derivan en nuestro país en el contexto de las prestaciones de Seguridad Social de que aquí se trata, sin que sea exigible el procedimiento de " *exequatur* " alegación novedosa y extemporáneamente efectuada en el escrito de recurso.

Por otra parte, es de plena aplicación en el supuesto examinado la argumentación utilizada por la Dirección General de los Registros y del Notariado para rechazar el fraude de ley, en la Resolución de 18 febrero 2009 (RJ 2009\1735) dictada a propósito de la inscripción de nacimiento acaecido fuera de España mediante certificación registral extranjera, en los siguientes términos:

"... no cabe afirmar que los interesados han llevado a cabo un fraude de Ley, fenómeno al que aluden el Art. 12.4 del Código Civil para los casos internacionales y, en general, el Art. 6.4 del Código Civil . Los interesados no han utilizado una «norma de conflicto» ni tampoco cualquier otra norma con el fin de eludir una Ley imperativa española. No se ha alterado el punto de conexión de la norma de conflicto española, mediante, por ejemplo, un cambio artificioso de la nacionalidad de los nacidos para provocar la aplicación de la Ley de California mediante la creación de una conexión existente pero ficticia y vacía de contenido con el Estado de California. Y tampoco se puede estimar que los interesados hayan incurrido en el conocido como «Forum Shopping fraudulento» al haber situado la cuestión de la determinación de la filiación en manos de las autoridades californianas con el fin de eludir la Ley imperativa española. En efecto, la certificación registral californiana no es una sentencia judicial que causa estado de cosa juzgada y que se intenta introducir en España para provocar un estado inalterable de filiación oponible "erga omnes". Dicho aspecto debe ser vinculado con el interés del menor, que es un interés «superior» (vid. de nuevo el citado Art. 3 de la Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 noviembre 1989), de forma, modo y manera que dicho interés se impone sobre cualquiera otra consideración en juego, tal y como podría ser la represión de movimientos presuntamente fraudulentos a los que, por cierto, el auto recurrido denegatorio de la inscripción ni siquiera se ha referido. Y el interés superior del menor exige la continuidad espacial de la filiación y la coherencia internacional de la misma, así como un respeto ineludible del derecho a la identidad única de los menores que prevalece, en todo caso, sobre otras consideraciones."

CUARTO.- El examen de la segunda infracción legal denunciada exige partir de lo dispuesto en el actual Art. 133 bis de la vigente Ley General de la Seguridad Social (ex reforma de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre) que, 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 del referido texto legal determina 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."

QUINTO.- De los preceptos reguladores del descanso laboral en las citadas situaciones la solución de la sentencia recurrida es, a juicio de la Sala, la más correcta, y, a los efectos de fundamentar esa solución afirmativa, debemos considerar:

A) Que la Constitución Española de 1978 prevé en su artículo 39 , que los poderes públicos asegurarán la protección social, económica y jurídica de la familia y la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la Ley con independencia de su filiación, lo que, además, se conecta con el artículo 14 del mismo texto constitucional.

B) Que una vez separadas por el legislador las situaciones de incapacidad temporal y de maternidad -antes englobadas-, dando a esta última un privativo tratamiento en cuanto al concepto mismo y a la cuantía de las prestaciones que de ella se derivan, se trata fundamentalmente de dar cobertura específica y protección adecuada al hijo nacido fruto de la maternidad. La atención o cuidado del menor y el estrechamiento de los lazos del padre y la madre con el mismo es lo prioritario y fundamental y así se deduce de datos tales como que el legislador atribuya la condición de beneficiario no sólo a la madre sino también al padre, que sea superior el período de tiempo reconocida para el cuidado del menor que para la recuperación de la madre biológica o que se haga extensiva la protección en los supuestos de adopción y acogimiento. A este respecto, merece la pena traer a colación que el Tribunal Supremo reconoció la prestación de maternidad incluso en aquellos casos en los que la menor adoptada ya se encontraba incorporada e integrada a la unidad familiar con anterioridad al inicio del período de descanso por maternidad, conviviendo con la adoptante , argumentando que la finalidad de la integración del adoptado en su nueva familia y en su nueva situación no se produce por el mero hecho de la convivencia con el adoptante con anterioridad a la adopción, sino que es a partir de la resolución judicial que la constituye cuando se establece la situación de hijo del adoptante y cuando pasa a integrarse en la nueva familia (Sentencia de 15 septiembre 2010 RJ 2010\7428 resolviendo recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 2289/2009).

C) 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 resumen, concurren en el supuesto examinado los requisitos previstos legalmente para el reconocimiento del derecho al descanso por maternidad y el percibo de la subsiguiente prestación lo que determina el forzoso rechazo de la censura jurídica formulada.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Oviedo, dictada en los autos seguidos a instancia de Estrella contra la entidad recurrente, el SERVICIO DE SALUD DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS (SESPA) y el MINISTERIO FISCAL, sobre Derechos Fundamentales, y en consecuencia confirmamos la resolución impugnada.

Se advierte a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina, que habrá de prepararse mediante escrito suscrito por letrado, presentándolo en esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de los diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la misma, y en los términos del Art. 221 de la LRJS y con los apercibimientos en él contenidos.

Pásense las actuaciones al Sr/a. Secretario para cumplir los deberes de publicidad, notificación y registro de la Sentencia.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.