



Roj: **STSJ M 8383/2014 - ECLI:ES:TSJM:2014:8383**

Id Cendoj: **28079340052014100637**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **07/07/2014**

Nº de Recurso: **142/2014**

Nº de Resolución: **612/2014**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **JOSE IGNACIO DE ORO-PULIDO SANZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJS, Madrid, núm. 31, 02-12-2013,**
STSJ M 8383/2014,
STS 5283/2016

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 05 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 - 28010

Teléfono: 914931935

Fax: 914931960

34002650

Sentencia nº 612

Ilma. Sra. D^a Begoña Hernani Fernández :

Presidente :

Ilmo. Sr. D. José Ignacio de Oro Pulido Sanz:

Ilma. Sra. D^a Alicia Catalá Pellón :

En Madrid, a siete de julio de dos mil catorce.

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

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

en el recurso de suplicación nº 142/14-5^a, interpuesto por D^a Irene representada por el Letrado D. Fermín Pastor Mena, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 31 de los de Madrid, en autos núm. 1035/13 siendo recurridos el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, representados por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social. Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. D. José Ignacio de Oro Pulido Sanz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: En el Juzgado de lo Social de procedencia tuvo entrada demanda suscrita por D^a Irene , contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social en materia de seguridad social, en la que solicitaba se dictase sentencia en los términos que figuran en el suplico de la misma. Admitida



la demanda a trámite y celebrado el juicio, se dictó sentencia con fecha 2 de diciembre de 2013, en los términos que se expresan en el fallo de dicha resolución.

SEGUNDO: En dicha sentencia, y como **HECHOS PROBADOS**, se declaraban los siguientes:

"1)- La parte actora D^a Irene, venía prestando servicios para la Consejería de Sanidad de la CCAA de Madrid como Médico Inspector.

2)- En fecha 4-4-13 la Corte Suprema de California dictó sentencia declarando que el nasciturus Diego es hijo de la actora y de D^o Elías.

3)- En fecha NUM000 -13 la madre subrogada alumbró al hijo de dichos padres en el Hospital Naval de San Diego (California).

4)- En fecha 6-5-13 el hijo nacido es inscrito en el Registro Civil de San Diego. En fecha 15-8-13 se ha inscrito en el Consulado de España en los Ángeles.

5)- En fecha 28-5-13 la actora solicitó la prestación de **maternidad**, siendo denegada por el INSS por resolución de fecha 10-6-13 por no ser considerada la gestación de un menor por útero subrogado como situación protegida a los efectos de la prestación de **maternidad**. Por resolución de la misma fecha se ha denegado la prestación de paternidad al Sr. Elías.

6)- No estando conforme la parte actora con la resolución anterior, interpuso reclamación previa y con fecha 15-7-13 la Dirección Provincial del I.N.S.S. dictó resolución desestimatoria.

6)- Para el caso de prosperar la pretensión la base reguladora para la prestación sería de 3.425,70 euros mensuales y la fecha de efectos desde el 3-5-13 con una duración de 16 semanas".

TERCERO: En esta sentencia se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Que desestimando totalmente la demanda interpuesta por D^a Irene debo ABSOLVER Y ABSUELVO al INSS y TGSS de todos los pedimentos de la misma".

CUARTO: Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por D^a Irene, siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a esta Sala de lo Social, se dispuso el pase de los mismos a Ponente para su examen y resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Frente a la sentencia de instancia, que desestimó la demanda interpuesta por la actora en la que solicitaba el derecho a percibir prestación de **maternidad** se interpone el presente recurso de suplicación por la actora, que se articula en un único motivo formulado al amparo del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, que denuncia la infracción de los artículos 133 y 133 ter del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio y los artículos 14 y 39 de la Constitución Española.

Sostiene en síntesis la recurrente que es incorrecta la sentencia que le ha denegado la prestación por **maternidad** por entender que no está protegida en la Seguridad Social la denominada **maternidad** por sustitución, señalando que el menor fue inscrito en el Registro Consular de San Diego (California) y que se debe atender en todo caso al interés del menor.

Debe reseñarse que aunque esta Sala en sentencias que examinaban dos supuestos análogos al que es objeto de los presentes autos ha declarado el derecho de la beneficiaria a percibir la prestación de **maternidad** - sentencias de 8 de octubre de 2012 (Rec. 1875/2012) y de 3 de marzo de 2013 (Rec. 3783/2012) -, también debe destacarse que en reciente sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 13 de mayo de 2014 (Rec. 749/2014) se resuelve en sentido contrario, teniendo en cuenta la reciente jurisprudencia por parte del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea recogida en dos sentencias de 18 de marzo de 2014, señalando la citada sentencia del Tribunal Superior de Justicia " ... al momento actual existe determinada jurisprudencia por parte del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, que nos vemos obligados a acatar, visto su origen, en relación a la denominada **maternidad** por sustitución, y desde el punto de vista del derecho o no a la prestación aquí también controvertida. Se trata en concreto de dos sentencias, ambas de 18-3-2014, asuntos C-167/12 y C- 363/12, respectivamente, y que tienen como origen sendas cuestiones prejudiciales planteadas por Tribunales de Gran Bretaña e Irlanda, también respectivamente.

La primera de ellas nos parece más concluyente en cuanto al tema que hoy nos ocupa. Afirma lo que sigue:



"1) 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.

2) 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 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."

A su vez, la segunda de esas resoluciones incide en otra cuestión no planteada directamente en este litigio, o que cuando menos no podemos inferir del relato fáctico. Trata 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 por esa cuestión. Sobre este aspecto se concluye que:

"...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, debe interpretarse en el sentido de 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.

La validez de esta Directiva no puede apreciarse en relación con la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, pero debe ser interpretada en la medida de lo posible de conformidad con esta Convención..."

Sin perjuicio de lo anterior, la sentencia del TS de 6-2-2014, rec. 245/2012, va en similar dirección, en el sentido de dejar sin efecto la Instrucción de 8 de febrero de 2009, de la Dirección General de los Registros y Notariado, y que aunque no afecta a la posterior de 5 de octubre de 2010 y reseñada por Sra. Guillerma para amparar su tesis, aparecen íntimamente relacionadas en lo que se refiere a su génesis y contenido".

Pr todo ello, atendiendo a lo recogido en la última de las referidas sentencias que esta Sala entiende correcto debemos desestimar el recurso y confirmar la sentencia de instancia.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por doña Irene, contra la sentencia dictada el 2 de diciembre de 2013 por el Juzgado de lo Social núm. 31 de los de Madrid, en los autos número 1035/13, seguidos a instancia de la parte recurrente, contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y, en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la sentencia de instancia. Sin costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por correo certificado con acuse de recibo que se unirá a los autos, conforme establece el art. 56 LRJS, incluyendo en el sobre remitido copia de la presente resolución.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala y expídase testimonio de la presente resolución para su incorporación al rollo de suplicación.

Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador, causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS, y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2876-0000-00-0142-14 que esta sección tiene abierta en BANCO SANTANDER sita en Paseo del General Martínez Campos, 35; 28010 Madrid o bien por transferencia



desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

1. Emitir la transferencia a la cuenta bancaria de 20 dígitos (CCC) siguiente:

Clave entidad

0049

Clave sucursal

3569

D.C.

92

Número de cuenta

0005001274

I.B.A.N: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274

2. En el campo **ORDENANTE**, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el NIF /CIF de la misma.

3. En el campo **BENEFICIARIO**, se identificará al Juzgado o Tribunal que ordena el ingreso.

4. En el campo " **OBSERVACIONES O CONCEPTO DE LA TRANSFERENCIA** ", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al Procedimiento.

MUY IMPORTANTE: Estos 16 dígitos correspondientes al Procedimiento tienen que consignarse en un solo bloque. Es importante que este bloque de 16 dígitos este separado de lo que se ponga en el resto del campo por espacios.

Si no se consignan estos dieciséis dígitos o se escriben erróneamente, la transferencia será repelida por imposibilidad de identificación del expediente judicial y será devuelta a origen, pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art.230.1 L.R.J.S).

Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habría de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad social y una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

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

PUBLICACION: Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe en la Sala de Audiencias de este Tribunal, firmada por los tres Magistrados en esta misma fecha para su notificación. Doy fe.