

**BASE DE DATOS NORMACEF SOCIO-LABORAL  
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO**

*Sentencia de 13 de mayo de 2014*

*Sala de lo Social*

*Rec. n.º 749/2014*

**SUMARIO:**

**Subsidio de maternidad. Gestación por sustitución.** Recién nacidos inscritos en el Registro Civil Consular de España en San Diego. Se deniega el reconocimiento del subsidio en base a la última jurisprudencia comunitaria sobre el asunto, que no se opone a que un Estado miembro deniegue el derecho a la prestación en base a que ello no supone ni una discriminación basada en el sexo ni por discapacidad; asimismo, apoya la Sala su fundamentación en la consideración legal de nulo de pleno derecho respecto de este tipo de contratos de gestación y en base a la cual la Sala 1ª del TS, en sentencia de 6 de febrero de 2014 (rec. núm. 245/2012), impide la constancia de la filiación en los Registros Civiles Consulares, de tal manera que los derechos de los menores en este sentido se tienen que hacer valer por la acción de paternidad o mediante la adopción.

**PRECEPTOS:**

RDLeg 1/1994 (TRLGSS), art. 133 bis.

**PONENTE:**

*Don José Luis Asenjo Pinilla.*

En la Villa de Bilbao, a 13 de Mayo de 2014.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los/as Ilmos/as. Sres/as. Dª GARBIÑE BIURRUN MANCISIDOR, Presidenta, D. JOSE LUIS ASENJO PINILLA y Dª ANA ISABEL MOLINA CASTIELLA, Magistrados/as, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

**SENTENCIA**

En el Recurso de Suplicación interpuesto por el INSS, contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. Dos de los de Bilbao, de 13 de enero de 2014, dictada en proceso sobre Seguridad Social (OSS), y entablado por Dª M... D... C... B... H... frente al ahora también recurrente y la TGSS.

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JOSE LUIS ASENJO PINILLA, quien expresa el criterio de la Sala.

**ANTECEDENTES DE HECHO****Primero.**

La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

“1º.-) M... D... C... B... H..., con DNI ...N, nacida el 8 de agosto de 1.949, figura afiliada al Régimen General de la Seguridad Social con número de afiliación 480088609155.

2º.-) Con fecha de 9 de septiembre de 2013 la actora solicitó la prestación de maternidad.

Por resolución administrativa de fecha 10 de septiembre de 2013 el INSS deniega la prestación solicitada por no encontrarse la solicitante en ninguna de las situaciones protegidas a efectos de la prestación de maternidad.

Frente a dicha resolución se interpuso reclamación previa en vía administrativa.

Se da por reproducido el expediente administrativo.

3º.-) La base reguladora de la prestación es de 3.425,70 euros.

4º.-) Entre el 20 de junio de 2013 y el 4 de noviembre de 2013 la actora estuvo en situación de incapacidad temporal por contingencias comunes, con el diagnóstico de trastorno de ansiedad.

5º.-) La actora acudió al Condado de San Diego en el estado de California (EE.UU.) al objeto de concertar una "gestación por sustitución" según las técnicas de reproducción humana asistida fruto de la cual, nacieron un niño Daniel y una niña Andrea, nacidos el día 19 de junio de 2013, en Pomerado Hospital, Condado de San Diego.

Sendos nacimientos fueron inscritos en el Registro del Condado de San Diego, estado de California, con números de registro ... y ... respectivamente.

6º.-) Por la Corte Superior de Justicia del estado de California, se dictó resolución en fecha de 13 de mayo de 2012, cuyo contenido se da por íntegramente reproducido, en la que se declara que M... del C... B... H... es la única progenitora legal de los niños, atribuyendo a M... del C... la custodia legal y física de los niños.

7º.-) En fecha de 25 de junio de 2013 se presentaron ante el Registro Civil Consular de España en Los Ángeles, solicitudes de inscripción de nacimiento referidas a los recién nacidos Daniel y Andrea B... H... nacidos el 19 de junio de 2013.

El 3 de octubre de 2013 se expidió por el Registro Civil Consular de España en Los Ángeles, Libro de Familia.

El 4 de octubre de 2013 se practicó la inscripción registral en el Registro Civil Consular".

### **Segundo.**

La parte dispositiva de la sentencia de instancia dice:

"ESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE la demanda presentada por M... D... C... B... H... frente a INSS y TGSS, se reconoce el derecho de la actora a la prestación de maternidad condenando a la entidad gestora a estar y pasar por tal declaración y al abono de la prestación sobre una base reguladora mensual de 3.425,70 euros".

### **Tercero.**

Como quiera que el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) discrepara de dicha resolución, procedió a anunciar y, posteriormente, a formalizar, el pertinente Recurso de Suplicación. Ha sido impugnado por la parte actora.

### **Cuarto.**

Las presentes actuaciones tuvieron entrada el 8 de abril de 2014 en esta Sala.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **Primero.**

La Sra. B... H... solicitaba en la demanda origen de las actuaciones en curso y presentada el 22 de octubre de 2013, el que se le reconociese la prestación de maternidad y conforme a una base reguladora mensual de 3.425,70 €

La sentencia de 31 de enero de 2014 y del Juzgado de referencia, desestimó íntegramente su reivindicación. Todo ello en base a los hechos que desglosábamos en nuestros antecedentes fácticos; así como en los fundamentos de derecho que se consignan en dicha resolución y que se tienen por reproducidos.

### **Segundo.**

El primer motivo de Suplicación toma como base el art. 193.b), de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS).

Tiene como objetivo modificar el cuarto hecho probado de la resolución de instancia. Cita a tal fin el documento incorporado al folio 180, de las actuaciones en curso. El redactado que propone y haciendo caso omiso del que también propugna con carácter alternativo y por lo que igualmente diremos, es el que sigue:

"Entre el 18 de junio de 2013 y el 4 de noviembre de 2013 la actora estuvo en situación de incapacidad temporal por contingencias comunes, con diagnóstico de trastorno de ansiedad.

Como consecuencia de una propuesta de ALTA remitida el 18 de septiembre de 2013 por la mutua Mutua, la Inspección Médica del Servicio Vasco de Salud contactó con la médico de cabecera que emitió la baja, la cual confirmó las circunstancias por las cuales había extendido la misma: su traslado a EE.UU. para hacerse cargo de unos recién nacidos fruto de una maternidad por subrogación.

Tal desplazamiento a EE.UU. se realizó el 18 de junio de 2013".

Como señala la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (TS) en la sentencia de 11-10-11, rec. 146/10, continuadora de otras en sentido similar, para que la denuncia del error en la apreciación de la prueba pueda ser estimada, es necesario que concurren, entre otros, el requisito de que tal hecho tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia.

Como nos explica el propio recurrente dichas modificaciones solo tienen sentido caso de que se desestimen sus dos primeros alegatos de contenido esencialmente jurídico, ya que únicamente afectarían a la fecha de efectos de la prestación debatida. Y aunque esto suponga adelantar nuestro análisis, esas reivindicaciones serán atendidas.

### **Tercero.**

Con idéntico sustento procedimental que el que precede es el séptimo ordinal del relato fáctico el ahora afectado. Menciona a esos efectos el documento incluido en el folio 28, de las presentes actuaciones. El texto que solicita es el que a continuación desglosamos:

"Previamente, el 27/08/13 el cónsul general encargado del Registro Civil del Consulado General de España en Los Angeles, certifica: Que con fecha 25 de junio de 2013, ha tenido entrada en el Registro General de este Consulado General solicitudes de inscripción de nacimientos en este Registro Civil Consular, presentadas por Doña M... del C... B... H..., nacida el 8 de agosto de 1949, en Frías (Burgos), con DNI núm. ...-N, y domicilio en c/ ..., Bilbao (Vizcaya).

Que estas solicitudes de inscripción se refieren a los recién nacidos Daniel y Andrea B... H..., nacidos en la ciudad P..., California, (EE.UU.), el día 19 de junio de 2013. Estas solicitudes están revisadas y completas a la espera de realizar la transcripción de los certificados de nacimiento local al Registro Civil de este Consulado General por ser el competente.

Que debido al alto volumen de solicitudes de inscripción que se reciben en este Registro Civil Consular se lleva un estricto orden de llegada, siendo ésta la única causa por la que no se han podido realizar todavía las inscripciones solicitadas.

Se expide la presente certificación a petición de los interesados y para su presentación ante dependencias de la Administración Española, a veintisiete de agosto de dos mil trece".

Tal petición debe correr la misma suerte que la anterior y por dos causas. Con la primera damos por reproducido lo que ya relacionamos en el fundamento de derecho anterior. Mientras que la segunda es que, en todo caso, tendríamos que considerarla redundante, pues la referencia que el ordinal reseñado efectúa a ese documento ha de entenderse realizado a su totalidad.

### **Cuarto.**

El siguiente motivo de Suplicación lo sustenta en el apartado c), del art. 193 y de la TRGSS.

El INSS estima que la sentencia objeto de Recurso, está infringiendo el art. 23, de la Ley de Registro Civil de 8 de junio de 1957; puesto en relación con el art. 981, de la LEC de 1881, el art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo y la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (TS), en su sentencia de 16-12-2013.

Alega que la inscripción en el Registro Civil consular, no obsta para que a efectos meramente prejudiciales pueda discutirse la legalidad de la filiación de los niños Daniel y Andrea, en cuanto que, siempre a su juicio, es nula por contraria a derecho, y siempre desde la perspectiva de un hipotético derecho de acceso a una prestación de Seguridad Social, cual es el caso de la maternidad. En ese mismo orden de cosas se remite a la resolución judicial que acabamos de relacionar y que entiende ratifica su teoría, al declarar nulas unas Instrucciones dictadas a esos efectos. Concluye indicando que, en cualquier caso, es harto discutible que el interés de los menores involucrados se proteja avalando la conducta de las autoridades judiciales del Estado de California (USA), ya que en virtud del contrato inicialmente pactado se puede llegar hasta solicitar que se ejecute un posible aborto en determinadas circunstancias.

Haciendo abstracción de ciertas consideraciones como la última que hemos expuesto y que desde luego sobrepasan el ámbito jurídico en el que nos movemos, debemos aclarar que nuestra postura jurídica inicial era coincidente con la de la resolución de instancia y por ende con la doctrina sentada por varios Tribunales Superiores de Justicia del Estado Español.

Sin embargo, 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. B... para amparar su tesis, aparecen íntimamente relacionadas en lo que se refiere a su génesis y contenido.

Todo lo hasta este momento argumentado hace innecesario el debate sobre el resto de cuestiones articuladas por la Entidad Gestora en el presente litigio

#### **Quinto.**

La estimación del Recurso carece de incidencia desde la perspectiva del pago de las costas que hayan podido generarse en la presente instancia.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

### **FALLAMOS**

Que estimamos el Recurso de Suplicación formulado por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. Dos de los de Bilbao, de 13 de enero de 2014, dictada en el procedimiento 1343/2013; la cual debemos también revocar y declaramos ajustada a derecho la resolución de 9 de septiembre de 2013. Sin costas.

Notifíquese esta Sentencia a las partes litigantes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.

Una vez firme lo acordado, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

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

E/

**PUBLICACION.-** Leída y publicada fue la anterior Sentencia en el mismo día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fé

**ADVERTENCIAS LEGALES.-**

Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por Letrado dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los 10 días hábiles siguientes al de su notificación.

Además, si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena; o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de preparar el recurso, la consignación de un depósito de 600 euros.

Los ingresos a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar, o bien en entidad bancaria del Banco Santander, o bien mediante transferencia o por procedimientos telemáticos de la forma siguiente:

A) Si se efectúan en una oficina del Banco Santander, se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número 4699-0000-66-0749-14.

B) Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número ES55 0049 3569 9200 0500 1274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 4699-0000-66-0749-14.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.