

**BASE DE DATOS NORMACEF SOCIO-LABORAL
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID**

Sentencia 1201/2014, de 23 de diciembre de 2014

Sala de lo Social

Rec. n.º 497/2014

SUMARIO:

Prestación por maternidad. Contrato de maternidad por subrogación (vientre de alquiler). Familia monoparental. Solicitud de reconocimiento del derecho habiendo disfrutado previamente la prestación por paternidad. El derecho fundamental a la reproducción debe ser respetado plenamente y en todas sus facetas, incluidas las de Seguridad Social, cuando ese derecho ha sido ejercitado a través del contrato de gestación por sustitución y reconocida la filiación que del mismo se deriva. La gestante, aun cuando aparezca como madre en el Registro Civil consular y en el libro de familia, no ejerce ni lo es jurídicamente porque ha renunciado de forma irrevocable a esa condición jurídica, salvo en lo que se refiere a la determinación biológica. El interés superior del menor, y como consecuencia los derechos fundamentales que con él se relacionan (no discriminación por razón de nacimiento), constituye y opera como una cláusula general de nuestro ordenamiento siempre que el interés de un menor es puesto en cuestión. Debe aplicarse analógicamente lo dispuesto en el artículo 23.3 RD 295/2009 para el supuesto de un solo progenitor determinado, por existir igualdad jurídica, a pesar de que en el caso presente sí existen dos progenitores conocidos, pues uno de ellos no ejerce sus deberes de cuidado no solo porque no media convivencia sino porque ha renunciado expresamente a todos sus derechos. Es más, de estimarse que la analogía *legis* no es posible, resultaría en todo caso obligada la aplicación del principio general y esencial que representa el interés superior del menor y escoger la opción más beneficiosa y, como consecuencia, concluir reconociendo el derecho al disfrute de la prestación de maternidad por ser más beneficiosa para el niño. No obstante lo anterior, como el progenitor disfrutó de la prestación por paternidad que le fue reconocida y que es incompatible con la de maternidad, aquella debe ser deducida de la que ahora se otorga.

PRECEPTOS:

Constitución Española, art. 14.

Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos, arts. 5 y 6.

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

Código Civil, art. 4.

RD 295/2009 (Maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural), art. 23.3.

PONENTE:

Doña María del Rosario García Álvarez.

Ilmos. Sres.

D./Dña. JOSÉ RAMÓN FERNÁNDEZ OTERO

D./Dña. VIRGINIA GARCÍA ALARCÓN

D./Dña. ROSARIO GARCÍA ÁLVAREZ

En Madrid, a veintitrés de diciembre de dos mil catorce, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 3 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, 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 de Suplicación 497/2014, formalizado por el/la Letrado D./Dña. MANUEL FERREIRO LOPEZ, en nombre y representación de D./Dña. Ramón, contra la sentencia de fecha 27/02/2014 dictada por el Juzgado de lo Social nº 04 de Madrid en sus autos número Seguridad social 513/2013, seguidos a instancia de

D./Dña. Ramón frente a INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, en reclamación por Maternidad, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. D./Dña. ROSARIO GARCÍA ÁLVAREZ, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

Segundo.

En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

PRIMERO. D. Ramón con DNI NUM000, solicitó en enero del 2013 ante el INSS la prestación de maternidad derivada del nacimiento de Carlos Miguel en fecha NUM001 -12, instruyéndose al efecto por el INSS el oportuno expediente administrativo, que dictó resolución en fecha 24-1-13 denegando la prestación por no encontrarse en ninguna de las situaciones protegidas a efectos de la prestación de maternidad de acuerdo con lo previsto en el artículo 133 bis de la LGSS.

SEGUNDO. Frente a dicha resolución el actor formuló reclamación previa, dictándose resolución en fecha 25-3-13 desestimando la misma y confirmando la resolución recurrida, sin que proceda acceder a lo solicitado en cuanto a la concesión de prestación asistencial por maternidad al haber quedado probado que no ha disfrutado de ningún descanso en su actividad laboral a partir del día del nacimiento de su hijo Carlos Miguel, excepto el abonado por el INSS en concepto de 13 días disfrutados de descanso de paternidad, porque no consta que haya disfrutado de ningún periodo de suspensión de su contrato que pudiera ser asimilado a descanso por la atención al menor recién nacido, su situación no tiene encaje legal en ninguna de las situaciones protegidas por la prestación de maternidad (parto, fallecimiento de la madre biológica, adopción o acogimiento), indicando que la madre biológica no puede cederle el derecho a las 10 semanas de descanso voluntario, porque no es beneficiaria del mismo.

TERCERO. En fecha NUM001 -12 tuvo lugar en el centro médico Manav en Nueva Delhi en la India el nacimiento de Carlos Miguel, reflejándose en el certificado de nacimiento emitido, como nombre de la madre Carolina y como nombre del padre Ramón.

CUARTO. Por el Registro civil consular de Nueva Delhi en la India se procedió a inscribir el nacimiento de dicho menor reflejando como nombre del padre el de D. Ramón y como nombre de la madre D^a Carolina. Además se emitió por el Registro Civil consular el Libro de familia con tales datos.

QUINTO. El actor suscribió en abril del 2012 un contrato de maternidad por subrogación en Delhi la India como consta en el documento 7 aportado por la parte actora y que se reproduce, aportándose documentación en su ramo de prueba sobre el tratamiento de inseminación a que se sometió el padre y sobre la entrega del menor por parte de la persona que dio a luz al menor al padre una vez tuvo lugar el parto, renunciando a sus derechos y obligaciones respecto de tal menor.

El menor Carlos Miguel convive en España únicamente con su padre D. Ramón

SEXTO. Consta que el INSS reconoció al actor la prestación de paternidad con fecha de efectos económicos del 19-12-12, fecha de vencimiento del 31- 12-12 y base reguladora diaria de 108,75 euros.

SEPTIMO. El actor más allá de los días en que disfrutó de la licencia por paternidad, no disfrutó de descanso alguno en su actividad laboral tras el nacimiento del menor Carlos Miguel.

OCTAVO. La base reguladora de la prestación solicitada para el supuesto de estimarse la demanda asciende a la suma de 3.262,50 euros.

Tercero.

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

Que desestimando la demanda promovida por D. Ramón frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL absuelvo a las Entidades demandadas de los pedimentos contenidos en el suplico de la demanda.

Cuarto.

Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte D./Dña. Ramón, formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

Quinto.

Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección en fecha 13/06/2014, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

Sexto.

Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose el día 18/11/2014 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 petición de demanda, la respuesta de la sentencia de instancia y el planteamiento del recurso.*

En la demanda rectora de las actuaciones se solicita por el Sr. Ramón el reconocimiento de la prestación de maternidad a su favor con el objeto de poder atender a su hijo Carlos Miguel de nacionalidad española y nacido el NUM001 de 2012 en Nueva Delhi, India, como consecuencia de la celebración en aquel país de un contrato de maternidad por subrogación (vientre de alquiler), tras el correspondiente tratamiento de inseminación al que previamente se sometió la gestante quien, tras el parto, entregó el menor al padre biológico, hoy demandante, renunciando aquélla a todos sus derechos respecto del menor así concebido.

Carlos Miguel fue inscrito en el Registro Civil consular de Nueva Delhi reflejando como padre al Sr. Ramón, y como madre a la gestante por contrato, Carolina. En el mismo sentido se ha emitido el Libro de Familia. Carlos Miguel vive en España con su padre que está soltero y la inscripción de la filiación no ha sido impugnada.

El Sr. Ramón disfrutó de la prestación por paternidad desde el 19 de diciembre al 31 de diciembre de 2012. Sin embargo, el INSS le denegó la prestación de maternidad solicitada en enero de 2013 al entender que no concurre ninguna de las situaciones protegidas a efectos de la prestación por maternidad de acuerdo con lo previsto en el art. 133 LGSS. En la resolución de la reclamación previa se aduce que: a) no ha disfrutado de otro descanso de actividad laboral distinto al de la paternidad; y b) que la madre no puede cederle el derecho a las 10 semanas de descanso voluntario porque no es beneficiaria del mismo.

La sentencia de instancia ha considerado que el actor no se encuentra en ninguno de los supuestos previstos en la norma para acceder a las prestaciones por maternidad pues ni es madre por naturaleza, ni ha adoptado al menor, ni estamos ante el supuesto de fallecimiento de la madre biológica en el que se puede conceder el disfrute al otro progenitor. Añade que no es posible la equiparación a la familia monoparental referida al subsidio de maternidad no contributiva y, finalmente, que no disfrutó de descanso alguno más allá de los trece días de paternidad. La sentencia concluye señalando que no hay discriminación sino falta de cumplimiento de los requisitos legales y que "no se tutela en modo alguno al menor con la concesión de tal prestación" pues "no disfrutó de descanso alguno para poder cuidar del menor y no podría ya disfrutarlo una vez que el menor tiene más de un año".

Disconforme con el pronunciamiento recurre en suplicación el demandante formulando un primer motivo destinado a la revisión de los hechos probados, y un segundo, centrado en las infracciones jurídicas que estima producidas.

Segundo. *Revisión de los hechos probados, art. 193.b) LJS.*

Se propone en primer lugar la adición al hecho cuarto de un párrafo en el que se exprese que el menor figura inscrito como español en el Registro Civil de la Embajada Española en Delhi, en el libro de familia y en su pasaporte. Si bien no se niega en ningún momento que el menor es de nacionalidad española, no encontramos obstáculo alguno para la inclusión de estas circunstancias que se deducen sin ningún género de dudas de los documentos citados. La inclusión, por otro lado, tiene por objeto la constancia de que Carlos Miguel, como nacional español, es sujeto activo de los derechos reconocidos en nuestra legislación a los nacionales. Si se

cumplen las condiciones para el disfrute de un específico derecho es la cuestión a decidir. Se acepta la solicitud al introducir circunstancia que, aunque no contradicha, sirve para integrar plenamente el relato.

Distinta suerte debe merecer la petición destinada a hacer constar que el menor vive con su padre en España y que la madre vive y reside en India. El dato, aunque no en idénticos términos, consta en el hecho quinto final, no siendo necesarias mayores precisiones.

Tercero. Infracciones de derecho, art. 193.c) LJS.

Normas y preceptos invocados: art. 133 bis y 133 ter en relación con la LO 3/2007 de Igualdad Efectiva de hombres y mujeres; arts. 14 y 20.4 y 39.2 y 4 CE; Convenio de la Haya 1993; Convenio de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989; Resolución de la Asamblea General de la ONU 41/85 de 31 de diciembre de 1986.

Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009 y de 5 de octubre de 2010

Igualmente cita el recurrente diversas sentencias de este mismo Tribunal, como la de 18 de octubre de 2012 y de 13 de marzo de 2013 las cuales, obviamente, no constituyen jurisprudencia (art. 1.6 CC).

Argumenta el INSS en su oposición al recurso que nos encontramos ante un supuesto de filiación por naturaleza y que, existiendo madre biológica, la prestación corresponde a ella. Desde su punto de vista el beneficiario de la prestación de maternidad no es el menor sino el trabajador por cuenta propia o ajena que estando en la situación protegida reúne los requisitos de alta y cotización por lo que, si existe madre biológica y se cumplen los requisitos debe ser ésta la beneficiaria y no el padre. Finalmente 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, por último, la STJUE de 18 de marzo de 2014.

Pese a lo que sostiene el INSS la Sala considera que el trabajador demandante se encuentra en la situación protegida que le hace beneficiario de la prestación de maternidad al reunir los requisitos de alta y cotización. A tal conclusión llegamos sobre la base de las siguientes consideraciones:

Se ha permitido la inscripción en el Registro Civil consular de Carlos Miguel nacido mediante gestación por sustitución. En consecuencia, se ha dado validez a uno de los efectos derivados del contrato, esto es, a la filiación derivada del convenio o contrato de gestación suscrito por D. Ramón, quien aportó su material genético a la mujer gestante en un país en el que tal tipo de contrato está permitido.

Al acordarse la inscripción en el Registro Civil consular de la certificación extranjera sobre filiación el control de legalidad conforme a la ley española se ha superado. Con ello se anticipó lo que establece la Ley 20/2011, de 21 de julio del Registro Civil en su art. 13, que entró en vigor el 22 de julio de 2014 y que supone, desde nuestro punto de vista, una vía de entrada a legalización en nuestro ordenamiento del convenio de gestación por sustitución realizado en países donde está permitido, acogiendo así la ley el criterio mantenido por la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009.

Es incuestionable la plena capacidad de obrar y el consentimiento voluntario de las partes y el carácter irrevocable del consentimiento prestado en el contrato de gestación por sustitución suscrito en país que legalmente lo permite y respecto del cual en España se ha reconocido uno de sus efectos más importantes: la filiación en relación con las dos partes que han aportado su material genético para la generación de una nueva vida humana. Queda por tanto constancia del origen biológico de Carlos Miguel.

Si en el aspecto de determinación biológica el contrato ha surtido sus efectos 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 asumiendo éste como consecuencia del contrato suscrito y de la renuncia de la gestante, el derecho y el deber de velar como único titular jurídico de la relación parental que engloba la condición de padre (biológico y jurídico) y madre (jurídica), y desde ese mismo momento, por el mantenimiento, desarrollo y bienestar pleno de Carlos Miguel en todo lo concerniente a su salud, educación, estado físico, emocional e intelectual, en suma, como ser humano titular de derechos inalienables. D. Ramón es, por tanto, titular jurídico único de todos los derechos y obligaciones concernientes al bienestar y desarrollo de Carlos Miguel

La gestante, aun cuando aparezca como "madre" en el Registro Civil consular y en el libro de familia, no ejerce ni lo es jurídicamente porque ha renunciado de forma irrevocable a esta condición jurídica, salvo en lo que se refiere a la determinación biológica, con plena capacidad de obrar y decidir. A nuestros efectos es inexistente porque todos los derechos y obligaciones derivados de esa condición jurídica se han traspasado a D. Ramón. Sin renunciar a la filiación biológica y a su determinación se ha producido una renuncia al ejercicio de la maternidad. Desde otro punto de vista podría incluso hablarse de su desaparición del ejercicio jurídico de la relación parental.

La gestante es parte del origen biológico de Carlos Miguel, quien tiene derecho a conocer su origen. Este origen biológico (englobado en la filiación y determinada por el parto ex art.10.2 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida) es el que refleja el Registro en reconocimiento al derecho de Carlos Miguel a conocer su origen. Filiación, a estos efectos y en el presente caso respecto a la gestante, equivale a origen biológico, no a madre. No se ha renunciado a la filiación (como expresa el art. 10.1 Ley 14/2006 TRHA)

porque está determinada, lo que se ha renunciado es a ejercer como madre. Sin olvidar que el contrato está suscrito por las dos partes que aportan su material genético para la generación de la vida de Carlos Miguel, lo que en puridad no encaja en la prohibición del art. 10.1 de la LTRHA.

Es el origen biológico (masculino y femenino) el que es inseparable de la persona porque constituye el material genético de cada uno de nosotros. A este origen biológico (progenitores) es el que se refiere el axioma romano *mater semper certa est*, el cual debe entenderse superado hoy en día porque la filiación puede no ser biológica y tanto el padre como la madre pueden no ser los biológicos. Madre y filiación son hoy en día conceptos mucho más amplios que el de origen biológico, único insistimos que permanece inmutable en cada persona desde su concepción.

El derecho fundamental a la reproducción que asiste a D. Ramón debe ser respetado plenamente y en todas sus facetas incluidas las de Seguridad Social cuando ese derecho ha sido ejercitado a través del contrato de gestación por sustitución y reconocida la filiación que del mismo se deriva.

Reconocida la filiación debe respetarse el derecho que asiste a toda mujer si su legislación se lo permite a prestar su consentimiento para actuar como gestante, esto es, debemos reconocer la autonomía y responsabilidad de la mujer que decide ejercer su derecho y con plena libertad y voluntad da su consentimiento para recibir el material genético de un varón, genera una vida y trae un ser humano al mundo y sin renunciar a la filiación, renuncia a sus derechos jurídicos vinculados al hecho biológico para satisfacer el derecho fundamental a la reproducción de otro ser humano, el demandante. Sin duda seguirá siendo el origen biológico femenino del nacido, su progenitora, pero no será madre en el sentido amplio que jurídicamente debe utilizarse para dar cabida a todas las situaciones, es decir, titular de la relación jurídico parental en relación al nacido. En cualquier caso, no es de aplicación al presente supuesto lo que establece la STS de 6 de febrero de 2014 ya que, como hemos visto, la filiación biológica está establecida y no es esto lo que se cuestiona, sino el derecho a disfrutar de la prestación de maternidad por el demandante.

Este consentimiento para la gestación, que consta en autos y no ha sido en modo alguno cuestionado, no puede ser subestimado y tiene que ser respetado pues hay que entender que se ha prestado conforme a los arts. 5 y 6 de la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos (Conferencia General de la UNESCO 19 de octubre de 2005), cuyo texto sirve como orientación ya que así lo establece su art. 1 cuando, al regular su alcance, señala que La Declaración trata de las cuestiones éticas relacionadas con la medicina, las ciencias de la vida y las tecnologías conexas aplicadas a los seres humanos, teniendo en cuenta sus dimensiones sociales, jurídicas y ambientales y aun estando dirigida a los Estados imparte también orientación, cuando procede, para las decisiones o prácticas de individuos, grupos, comunidades, instituciones y empresas, públicas y privadas.

Concretamente los artículos 5 y 6 establecen lo siguiente:

Artículo 5. Autonomía y responsabilidad individual.

Se habrá de respetar la autonomía de la persona en lo que se refiere a la facultad de adoptar decisiones, asumiendo la responsabilidad de éstas y respetando la autonomía de los demás. Para las personas que carecen de la capacidad de ejercer su autonomía, se habrán de tomar medidas especiales para proteger sus derechos e intereses.

Artículo 6. Consentimiento.

Toda intervención médica preventiva, diagnóstica y terapéutica sólo habrá de llevarse a cabo previo consentimiento libre e informado de la persona interesada, basado en la información adecuada. Cuando proceda, el consentimiento debería ser expreso y la persona interesada podrá revocarlo en todo momento y por cualquier motivo, sin que esto entrañe para ella desventaja o perjuicio alguno.

En suma, el consentimiento prestado expresamente, libre e informado debe ser respetado en todas sus consecuencias porque así lo impone el art. 5 de la citada Declaración Universal. Este consentimiento consta en las actuaciones.

A mayor abundamiento, el artículo 5 de la Convención Europea de Derechos Humanos y Biomedicina establece como regla general que Una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento. Dicha persona deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias. En cualquier momento la persona afectada podrá retirar libremente su consentimiento (Instrumento de Ratificación del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997. BOE 20 de octubre de 1999).

Sin olvidar el art. 3.2.a) (derecho a la integridad de la persona) de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2010/C 83/02, DOUE 30-3-2010), cuando establece que En el marco de la

medicina y la biología se respetarán en particular: a) el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas por la ley.

Al efecto, debemos recordar el valor de las normas internacionales conforme a la Ley 25/2014, de 27 de noviembre de Tratados y otros Acuerdos Internacionales y concretamente:

.- Artículo. 23.3: Los tratados internacionales formarán parte del ordenamiento jurídico interno una vez publicados en el Boletín Oficial del estado.

.- Artículo 28. Eficacia. 1. Las disposiciones de los tratados internacionales válidamente celebrados solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales de Derecho Internacional. 2. Los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente producirán efectos en España desde la fecha que el tratado determine o, en su defecto, a partir de la fecha de su entrada en vigor.

.-Artículo 29. Observancia. Todos los poderes públicos, órganos y organismos del Estado deberán respetar las obligaciones de los tratados internacionales en vigor en los que España sea parte y velar por el adecuado cumplimiento de dichos tratados.

Artículo 30. Ejecución.1. Los tratados internacionales serán de aplicación directa, a menos que de su texto se desprenda que dicha aplicación queda condicionada a la aprobación de las leyes o disposiciones reglamentarias pertinentes.

Como consecuencia de lo anterior, con la misma plena libertad, consentimiento e información para ser inseminada, debe entenderse que la gestante renunció si bien no a la filiación sí a la titularidad de la relación jurídico parental y a sus derechos derivados de su gestación o maternidad biológica a favor de D. Ramón. Sería un contrasentido dar validez a la determinación de la filiación biológica que del mismo se deriva y no dar validez a la renuncia de los derechos que efectúa la gestante. Sería tanto como decir que su consentimiento es válido para ser inseminada y gestar para entregar el nacido a otro pero no es válido para renunciar a la relación jurídica parental (progenitor-hijo) a favor del otro progenitor.

Generada la vida de Carlos Miguel e integrado en una familia, formada por D. Ramón, 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, y razones de igualdad y no discriminación, vinculadas al derecho a la vida familiar protegido expresamente por el artículo 8 de la CEDH. Igualmente el art. 3 apartado 2 de la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos recuerda que Los intereses y el bienestar de la persona deberían tener prioridad con respecto al interés exclusivo de la ciencia o la sociedad.

Como señala la sentencia *Menesson v. France* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (A. nº 65192/11, 26 de junio de 2014, final 26 de septiembre) a la hora de interpretar las normas y de decidir qué interés es prevalente (el del INSS como institución estatal denegando la prestación por tener constancia del origen biológico femenino de Carlos Miguel y el de éste como afectado por su decisión) debe atenderse al principio esencial conforme al cual siempre que se trate de un asunto relacionado con un menor, es su superior interés el que prevalece (par. 81): *it must have regard to the essential principle according to which whenever the situation of a child is in issue, the best interests of that child are paramount (see, among many other authorities, Wagner and J.M.W.L., cited above, §§ 133-34, and E.B. v. France [GC], no. 43546/02, §§ 76 and 95, 22 January 2008).*

Es el interés superior del menor el que debe llevar a respetar su derecho a disfrutar plenamente de su vida familiar y privada ex art. 8 en relación con el 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, BOE del 10 de octubre de 1979 (*the children's best interests being paramount - in fully enjoying their rights to respect for their private and family life, sentencia Menesson v. France 65192/11*) y de la misma forma, el interés y el bienestar de la persona el que deben tener prioridad, derechos que en nuestra legislación y también en la de Seguridad Social se plasman cuando se reconoce que la finalidad de la prestación de maternidad está relacionada 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, ambos biológicos, y a supuestos en los que no hay alumbramiento en clara evidencia de que el objeto de la prestación se vincula más con la atención al menor, que con el hecho del parto y del descanso físico derivado del mismo. Hasta tal punto es así 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".

Precisamente, como consecuencia de nuestra más favorable legislación no puede entenderse aplicable al supuesto de autos la STJUE de 18 de marzo de 2014 citada por el INSS 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 de la madre, como venimos diciendo, es solo determinación del origen biológico femenino del menor y no puede llevar a privar a este de la atención, bienestar y cuidado que su persona merece y que constituye un elemento prioritario de la prestación por maternidad en nuestra legislación más favorable en este aspecto que la Directiva 92/85/CEE.

En relación con el principio del interés superior del menor al que antes nos referimos, debe indicarse que tiene características de orden público de tal forma que los jueces y tribunales tienen necesariamente que inspirarse en él a la hora de tomar cualquier decisión que afecte a un menor. Así se deriva de los textos internacionales citados, de la sentencia *Menesson v. France*, antes referida, e igualmente del art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 (firmada por España el 26 de junio de 1990 y ratificada el 6 de diciembre de 1990), que refiere que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. De la misma forma la Observación General núm. 14 de las Naciones Unidas de 2013 sobre la Convención de los Derechos del niño refiere que cuando se trate de adopción así como en relación con otras cuestiones el interés superior del menor será «la consideración primordial» aclarando expresamente que: «El interés del niño a que su interés superior sea una consideración primordial significa que los intereses del niño tienen máxima prioridad y no son una de tantas consideraciones. Por tanto, se debe conceder más importancia a lo que sea mejor para el niño». Finalmente, de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, Sala Civil (STS de 12 de diciembre de 2013, 29 de noviembre de 2013, 29 de abril de 2013, 25 de mayo de 2012, 1 de octubre de 2010, y 11 de marzo de 2010 entre otras) y de su consagración, además, en una Ley Orgánica, la 1/1996, art. 2, y, por supuesto, en el necesariamente relacionado principio de igualdad con independencia del nacimiento de todos los seres humanos y prohibición de discriminación consagrado en nuestra propia Constitución de 1978, artículos 10, apartados 1 y 2, y art. 14, en su remisión el primero a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, de inexorable respeto.

Es, pues, evidente que el interés superior del menor, y como consecuencia los derechos fundamentales que con él se relacionan (no discriminación por razón de nacimiento), constituye y opera como una cláusula general de nuestro ordenamiento siempre que el interés de un menor es puesto en cuestión. Por ello, 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. En el presente caso no concurre bien jurídico equivalente con el que deba establecerse ponderación alguna.

Resta ahora por examinar si el demandante puede percibir acumulada la prestación de maternidad a la de paternidad que ya ha disfrutado.

Para resolver dicha cuestión debemos partir, en primer lugar, de la regulación legal contenida en el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, norma en la que encontramos las siguientes prescripciones:

A. La paternidad es compatible con la maternidad en los siguientes supuestos:

Con el periodo al que hubiese tenido derecho el otro progenitor por haberse reconocido a la madre biológica el subsidio no contributivo por maternidad. No estamos ante este supuesto.

Cuando haya disfrute compartido de la maternidad. No es tampoco el caso presente.

Con el subsidio por maternidad íntegro del otro progenitor, en el supuesto en el que la madre realice una actividad profesional que no dé lugar a su inclusión en el sistema de la Seguridad Social ni en una mutualidad de previsión social alternativa. La situación examinada no encaja en esta situación.

Con el subsidio por maternidad íntegro del otro progenitor en el supuesto de fallecimiento de la madre. Aunque la madre ha "desaparecido jurídicamente" tampoco el caso de autos puede ser asimilado estrictamente y por vía de analogía al fallecimiento al no existir una igualdad jurídica esencial entre el supuesto presente y el previsto por la ley (fallecimiento) y ello por ser realidades jurídicas absolutamente diversas, ofreciendo notables diferencias que no permiten atribuir a ambas la misma regulación. De aceptarse la analogía en el presente supuesto incurriríamos en una creación judicial del derecho, no autorizada por el art. 1.6 CC.

B.- La paternidad es incompatible con la maternidad, "en los casos en que solamente exista una persona progenitora, adoptante o acogedora, si éste percibe el subsidio por maternidad, no podrá acumular el subsidio por paternidad" (art. 23.3 del RD 295/2009). Son dos por tanto las circunstancias para la incompatibilidad: 1) un solo progenitor, adoptante o acogedor y 2) que haya disfrutado en su totalidad del descanso maternal.

Lo primero que debemos destacar es lo absurdo de la norma porque siempre hay dos progenitores. En efecto, carece de sentido indicar que una persona solo tiene un progenitor porque siempre, en el origen biológico, habrá dos progenitores, otra cosa es que puedan o no ser conocidos o estar determinados. Si la norma se refiere, como parece, a progenitores determinados, en el caso presente hay dos progenitores determinados, luego no concurriría la circunstancia 1) (un solo progenitor determinado) ni la 2) porque el solicitante no ha disfrutado la maternidad.

Llegaríamos así a la conclusión de que la situación examinada no es un caso de compatibilidad de prestaciones ni de incompatibilidad. Esta ausencia de regulación legal nos debe llevar a interpretar necesariamente el precepto transcrito conforme a la cláusula general y principio esencial que representa el interés superior del menor, buscando la solución más favorable.

Así, consideramos que a diferencia del supuesto de fallecimiento, sí concurre una igualdad jurídica esencial en el fundamento o ratio legis entre las situaciones de un solo progenitor determinado, adoptante o acogedor y casos como el presente en el que existen dos progenitores conocidos, pero uno de ellos no ejerce sus deberes de cuidado no solo porque no media convivencia sino porque ha renunciado expresamente a todos sus derechos -despareciendo jurídicamente- en idéntica forma a los casos de un solo progenitor determinado, adoptante o acogedor. La determinación biológica de la madre (persona que aportó el material genético femenino) se convierte en una diferencia meramente accidental a estos efectos haciendo posible, por tanto, la equiparación entre los supuestos de un solo progenitor determinado con el dos progenitores determinados mediando renuncia expresa de uno de ellos a todos sus derechos.

Es más, de estimarse que la analogía legis no es posible resultaría en todo caso obligada la aplicación del principio general y esencial que representa el interés superior del menor y escoger la opción más beneficiosa, que es su asimilación al supuesto de las situaciones de monoparentalidad o de un solo progenitor en palabras del art. 23.3 y, como consecuencia, concluir reconociendo el derecho al disfrute de la prestación de maternidad por ser más beneficiosa para el niño. Dejar a los menores que se encuentran en la presente situación únicamente con la posibilidad de recibir el cuidado y atención del exiguo período del descanso de paternidad colisiona con el principio general representado por el interés superior del menor consagrado, como hemos visto, como norma de general aplicación en todo el ámbito de las relaciones jurídicas a nivel nacional e internacional y con su manifestación de comportamiento debido y esperado por parte de las instituciones jurídicas concebidas como de protección, cual es el subsidio de maternidad. Si la norma colisiona, es posible y debemos operar su neutralización, optando por la aplicación de la opción más beneficiosa para el menor: el derecho al disfrute de la prestación de maternidad.

No obstante lo anterior, como el actor disfrutó de la prestación de paternidad que le fue reconocida y que es incompatible con la de maternidad, aquella debe ser deducida de la que ahora se otorga pues, caso contrario, se le reconocería una mejor situación respecto de la legalmente prevista en el 23.3: la compatibilidad de dos prestaciones sin estar ni ser asimilable a los supuestos previstos, y, por tanto, por vía de creación judicial no autorizada por el art. 1.6 CC. En definitiva, es ahora el principio de estricta igualdad con la situación de monoparentalidad (un solo progenitor) el que determina la deducción de la paternidad ya disfrutada.

Lógicamente frente a lo anterior (reconocimiento del derecho a la prestación de maternidad con deducción del tiempo de paternidad consumido), no puede argüirse que el trabajador no ha disfrutado del descanso para cuidar del menor porque, con toda obviedad, no podía hacerlo. Debe recordarse que el art. 14.1 del RD 295/2009 establece la exigencia de solicitud y que la Entidad Gestora no ha iniciado de oficio el procedimiento ex art. 14.5. Difícilmente podía el trabajador solicitar el permiso en su trabajo si no tenía reconocido el derecho a la prestación y difícilmente podía la empresa reconocerle el permiso que además, de haberlo hipotéticamente hecho, hubiera dejado al trabajador en penuria económica al no percibir cantidad alguna sustitutoria de su salario.

Finalmente, es cierto que el menor tiene más de un año pero la denegación del derecho y el transcurso del tiempo en resolver no ha sido imputable al demandante, sino a las instituciones. La lesión del derecho generada por su desconocimiento solo puede ser reparada mediante su reconocimiento expreso en la forma que se solicita y atendiendo a cuantas razones hemos expuesto en la presente resolución.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Estimando el recurso de suplicación formulado por D. Ramón contra la sentencia nº 81/14 de fecha 27 de febrero de 2014 dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de los de Madrid en autos 513/13, debemos revocar y revocamos la citada resolución y estimando la demanda formulada, debemos reconocer y reconocemos al demandante la prestación correspondiente al subsidio por maternidad en su calidad de padre monoparental del menor Carlos Miguel, con derecho a percibir la correspondiente prestación dimanante del nacimiento del menor inscrito como español en el Régimen Consular de España en Nueva Delhi (INDIA), condenando a las codemandadas a su reconocimiento y abono en los términos y cuantías que establece el art. 133 bis quatre de la

LGSS, de la que habrá que deducirse el tiempo disfrutado por la prestación de paternidad que en su día fue reconocida.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

MODO DE IMPUGNACIÓN : 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 2828-0000-00-(NÚMERO DE RECURSO) 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:

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).

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.

PUBLICACIÓN. Publicada y leída fue la anterior sentencia en el día por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

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.