

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-****TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia 881/2016, de 25 de octubre de 2016

Sala de lo Social

Rec. n.º 3818/2015

**SUMARIO:**

**Prestación por maternidad. Gestación por sustitución (vientre de alquiler).** *Solicitud por el padre biológico.* La actual regulación legal (LGSS) y reglamentaria (RD 295/2009) omiten la contemplación de estos supuestos pero no es tan cerrada como para impedir su interpretación en el sentido más favorable a los objetivos constitucionales de protección al menor, con independencia de su filiación, y de conciliación de vida familiar y laboral. Existiendo una verdadera integración del menor en el núcleo familiar del padre subrogado, las prestaciones asociadas a la maternidad han de satisfacerse, salvo supuestos de fraude, previo cumplimiento de los requisitos generales de acceso a las mismas. Cuando el solicitante de las prestaciones por maternidad, asociadas a una gestación por subrogación, es el padre biológico y registral de las menores, existen poderosas razones adicionales para conceder aquellas. La Sala Primera del Tribunal Supremo considera que las normas civiles españolas que declaran nulo el contrato de maternidad por subrogación impiden que pueda inscribirse como hijos de quienes han recurrido a esa técnica a los habidos en un tercer Estado, aunque exista resolución judicial (o equivalente) que así lo manifieste. Pero advierte que si los menores poseen relaciones familiares *de facto* debe partirse de tal dato y permitir el desarrollo y la protección de esos vínculos. **Votos particulares.**

**PRECEPTOS:**

Constitución española, arts. 14 y 39.

Código Civil, art. 6.3 y 4.

Ley 14/2006 (Reproducción asistida), art. 10.

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

RDLeg. 8/2015 (TRLGSS), art. 177.

RD 295/2009 (Maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural), arts. 2.2 y 3.2.

RDLeg. 1/1995 (TRET), arts. 45.1 d) y 48.4.

**PONENTE:**

*Don Antonio Vicente Sempere Navarro.*

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jesús Gullón Rodríguez, presidente

D. Fernando Salinas Molina

D<sup>a</sup>. María Milagros Calvo Ibarlucea

D. Luis Fernando de Castro Fernández

D. José Luis Gilolmo López

D<sup>a</sup>. María Luisa Segoviano Astaburuaga

D. José Manuel López García de la Serrana

D<sup>a</sup>. Rosa María Virolés Piñol

D<sup>a</sup>. María Lourdes Arastey Sahún

D. Miguel Ángel Luelmo Millán

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Ángel Blasco Pellicer

D. Sebastián Moralo Gallego  
D. Jesús Souto Prieto  
D. Jordi Agustí Juliá

En Madrid, a 25 de octubre de 2016.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, representado y defendido por la Letrada Sra. Baró Pazos, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 15 de septiembre de 2015, en el recurso de suplicación nº 2299/2015, interpuesto frente a la sentencia dictada el 17 de diciembre de 2014 por el Juzgado de lo Social nº 2 de Mataró, en los autos nº 193/2014, seguidos a instancia de D. ... contra dicho recurrente, sobre prestaciones de seguridad social de maternidad.

Ha comparecido en concepto de recurrido D. ..., representado por la Procuradora Sra. Espinosa Troyano y defendido por Letrado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

##### Primero.

Con fecha 17 de diciembre de 2014, el Juzgado de lo Social núm. 2 de Mataró, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Desestimar la demanda interpuesta por el Sr. ..., dirigida contra el INSS, absolvemos a la parte demandada de las reclamaciones formuladas en su contra».

Los hechos probados a tener en cuenta para resolución del presente recurso son los formulados como tales por la sentencia del Juzgado, que se reproducen acto seguido:

«1º. D. ..., alta en el Régimen General de la Seguridad Social a través de la empresa ..., tuvo dos hijas nacidas en fecha de 25 de septiembre de 2013, X y Y, inscritas las dos en el Registro Civil del Consulado de España en Nueva Delhi, Tomo IV, páginas 473, 474, 475 y 476.

2º. Las dos hijas nacieron en ... mediante la técnica de reproducción humana asistida, en la que el demandante fue el padre genético y los óvulos fueron de una donante, Dª ..., que gestó por subrogación a favor del demandante.

3º. En fecha 23 de octubre de 2013, D. ... y Dª ... pactan lo siguiente:

" 1. Que Dª ... tuvo dos bebés el 25 de septiembre de 2013, identificados en sus certificados de nacimiento como X y Y, quienes están inscritas en el Registro Civil del Consulado de España en ..., Tomo IV, páginas números 473, 474, 475, 476. El padre de los bebés es D. ...

2. Que D. ..., siendo padre de los bebés, acepta a ejercer exclusivamente, todas las funciones y obligaciones que se derivan de la patria potestad, incluyendo el cuidado exclusivo y la custodia y todos los derechos como padre, debido a la imposibilidad de Dª ... para ejercer su función.

3. Que para que D. ... pueda ejercer todas las funciones y cumplir con sus obligaciones Dª ... renuncia a toda acción y derecho sobre los bebés mencionados en el presente documento y autoriza a D. ... a llevar todas las acciones necesarias para facilitar una ejecución satisfactoria de los acuerdos de este documento.

4. Que Dª ... renuncia por tanto, a la guardia y custodia y a todos sus derechos como madre, incluyendo derechos de visita, dentro del marco establecido por la ley, autorizando expresamente al padre, D. ..., a establecer su casa y el hogar de los bebés en cualquier país y ciudad de su libre elección".

4º. En declaración jurada ante notario de Nueva Delhi, de fecha 23 de octubre de 2013, la Sra. ... declara lo siguiente:

"Que ella es la madre de las niñas X y Y quienes están inscritas en el Registro Civil del Consulado de España en Nueva Delhi, Tomo IV, páginas números 473, 474, 475, 476.

Que ella consiente y está de acuerdo en que las niñas mencionadas en este documento puedan viajar a España con su padre, D. ..., titular del pasaporte español número ..., y establecer su domicilio y residencia habitual en ...

Que por razones geográficas e imposibilidad, la compareciente no quiere ejercer ninguna de las funciones inherentes al ejercicio de guardia y custodia, y por ello concede al otro progenitor, D. ..., el ejercicio legal de estas funciones, aceptando además que la guardia y custodia sea ejercida solo por el padre de las niñas a quien se refiere el presente documento."

5°. En fecha 31 de octubre de 2013, el demandante reclamó al INSS prestación por maternidad por el nacimiento de sus dos hijas y en relación con el descanso por maternidad con fecha de inicio idéntica a la del nacimiento, 25 de septiembre de 2013, que fue denegada en resolución de fecha 6 de noviembre de 2013 por no encontrarse en ninguno de los supuestos previstos en ninguna de las situaciones protegidas en el art. 133 bis de la LGSS, por lo que fue desestimada la reclamación administrativa previa presentada en resolución del INSS de fecha 9 de mayo de 2014.

6°. Las partes no discuten que, en caso de desestimación de la demanda, la base reguladora de la pensión sería de 3.425,70 euros al mes».

### **Segundo.**

Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, dictó sentencia con fecha 15 de septiembre de 2015, en la que consta la siguiente parte dispositiva: « Estimamos el recurso de suplicación que formula D. ..., contra la sentencia del juzgado social 2 de Mataró, autos 193/2014 de fecha 17 de diciembre de 2014, seguidos a instancia de aquel contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, en procedimiento de diversos seguridad social, debemos de revocar y revocamos la sentencia de instancia en todos sus pronunciamientos y estimando la demanda, reconocemos la prestación de maternidad, y condenamos al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL al abono del 100% de la base reguladora de 3.425.70 euros al mes, por 18 semanas al tratarse de un parto múltiple y además el correspondiente subsidio especial por cada hijo o menor acogido a partir del segundo igual que corresponda percibir al primero, durante el período de 6 semanas inmediatamente posteriores al parto con efectos a la fecha de la solicitud.»

### **Tercero.**

Contra la sentencia dictada en suplicación, la Letrada Sra. Baró Pazos, en representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social, mediante escrito de 30 de octubre de 2015, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO. Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 13 de mayo de 2014. SEGUNDO. Se alega la infracción de la Directiva 92/85/CEE del Consejo de 19 de octubre de 1992, así como el art. 133 bis de Ley General de la Seguridad Social y del art. 48.4 del ET en relación con el art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

### **Cuarto.**

Por providencia de esta Sala de 27 de abril de 2016 se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

### **Quinto.**

Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso.

**Sexto.**

Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 18 de octubre actual. Por providencia de 13 de septiembre de 2016 y dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, procede debate por la Sala en Pleno, de acuerdo con lo establecido en el art. 197 de la LOPJ. A tal efecto se suspende el señalamiento acordado para el día 18 de octubre, trasladando el mismo para el día 19 de octubre actual, para cuya fecha se convocará a todos los Magistrados de esta Sala, en cuya fecha tuvo lugar.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO****Primero.** *Términos del debate casacional.*

La esencia del debate que ahora afrontamos refiere a si la denominada "maternidad subrogada" es una situación protegida por nuestro sistema de Seguridad Social, en particular respecto de quien ha instado ese método de reproducción asistida y aparece como padre tanto biológico cuanto registral.

## 1. Datos y antecedentes relevantes.

Buena prueba de que nos encontramos ante debate de estricto corte jurídico es que los hechos declarados probados por la sentencia del Juzgado coinciden con lo manifestado en el expediente administrativo y no fueron cuestionados en suplicación. Transcritos por completo más arriba, ahora interesa recordar alguno de ellos:

El Sr. ... y la Sra. ... se someten a una reproducción asistida en la India, gestando la segunda (por subrogación) a favor del demandante.

El 25 de septiembre de 2013 nacen, en Nueva Delhi, dos niñas que son inscritas en el Registro Civil del Consulado de España.

El 23 de octubre los padres biológicos pactan que el varón (Sr. ...) asuma, en exclusiva, "todas las funciones y obligaciones que se derivan de la patria potestad", pudiendo instalarse con las menores donde quisiera.

El 31 de octubre de 2013, el demandante reclama al INSS prestación por nacimiento de sus dos hijas y descanso por maternidad con fecha de inicio idéntica a la del nacimiento.

Mediante Resolución de 6 de noviembre de 2013 el INSS rechaza la petición del interesado, argumentando que no concurre ninguna de las situaciones protegidas por el art. 133 bis de la LGSS. Posteriormente (Resolución de 9 de mayo de 2014) se desestima también la reclamación previa.

## 2. Sentencias dictadas en el procedimiento

A) Con fecha 17 de diciembre de 2014 el Juzgado Social nº 2 de Mataró dicta sentencia (proc. 193/2014) desestimatoria, a la par que declara como base reguladora de las prestaciones la cuantía de 3.425,70 € mensuales.

B) Frente a esa sentencia formula el trabajador recurso de suplicación denunciando la infracción de diversos preceptos: art 133 bis y ter LGSS; arts. 45.1.d y 48.4 ET; art 30.3 Ley 30/1984, de 2 de agosto; art. 2.2 del RD 295/2009 de 6 de marzo y art 10.2 de la Ley 14/2006, así como diversa jurisprudencia.

C) La sentencia recurrida estima la demanda y reconoce al actor el derecho a percibir la prestación de maternidad, condenando al INSS al pago del 100% de la base reguladora durante 18 semanas, al tratarse de un parto múltiple, así como el subsidio especial por cada hijo a partir del segundo durante el periodo de 6 semanas inmediatamente posteriores al parto con efectos del 31 de octubre de 2013.

## 3. Recurso de casación.

La Letrada de la Administración de la Seguridad Social, en concordancia con su escrito de preparación (fechado el 5 de octubre de 2015) interpone recurso de casación unificadora el 30 de octubre de 2015.

Considera que tanto las normas de la Unión Europea (Directiva 92/85/CEE y jurisprudencia correlativa) cuanto las previsiones internas sobre Seguridad Social (art. 133.bis LGSS), relaciones laborales (art. 48.4 ET) y Reproducción Asistida (art. 10 Ley 14/2006), así como sobre el Registro Civil (art. 23 de su Ley, art. 981 LEC. Resoluciones varias de la DGRN) conducen a desestimar la pretensión.

Aporta una sentencia para el contraste, interesando que anulemos la recurrida y absolvamos al INSS de las peticiones formuladas pues resulta erróneo conferir protección social a una institución opuesta al orden público español.

#### 4. Impugnación del recurso e Informe del Ministerio Fiscal.

A) El 25 de mayo de 2016 tiene entrada en este Tribunal el escrito de impugnación al recurso presentado por el trabajador.

Descarta que exista contradicción entre las sentencias comparadas, porque los argumentos y enfoques asumidos por los dos Tribunales han sido diversos.

Rechaza que una perspectiva eurocomunitaria sirva para descartar la protección de referencia, dado que el ordenamiento de la UE posee carácter mínimo y puede ser mejorado por los diversos Estados miembros.

Puesto que la prestación de maternidad puede ser disfrutada por ambos progenitores y el demandante es el único que ejerce la patria potestad, no se comprende el rechazo de lo solicitado.

Considera que la posición del padre biológico en este caso es semejante a la de quienes adoptan o acogen al menor; no existiendo una contemplación específica del supuesto procede acudir la interpretación analógica de las normas, buscando de ese modo el superior interés del menor.

En fin, para respaldar su posición reproduce argumentos acogidos en diversas resoluciones de Tribunales Superiores de Justicia.

B) El 16 de junio de 2016 emite su Informe el Ministerio Fiscal, inclinándose por el mantenimiento del criterio acogido en la sentencia recurrida. El escrito examina la doctrina del Tribunal de Estrasburgo (TEDH) y de la Sala Primera de este Tribunal Supremo.

A juicio del Ministerio Público, la respuesta a la solicitud de prestaciones debe ser positiva por la finalidad de la norma laboral -lo que sería suficiente- y porque también nuestro Tribunal Supremo civil insta al Fiscal, a los recurrentes y a las autoridades públicas competentes a encontrar una solución partiendo de la relación familiar "de facto" y que permita el desarrollo y protección de estos vínculos.

#### 5. Estructura de nuestra sentencia.

En asunto tan sensible como el presente, por estar en juego derechos de la personalidad que pivotan alrededor de menores no maduros, la complejidad resulta inevitable. Los propios escritos procesales constituyen buena prueba de ello, al invocar normas de diversa procedencia (Tratados Internacionales de Derechos Fundamentales, Directivas de la UE, Leyes orgánicas y ordinarias, Reglamentos) o incluso Decisiones Administrativas (Instrucciones, Circulares, Resoluciones) y contenido (civilistas, antidiscriminatorias, laborales, asistenciales, registrales), así como sentencias de los Tribunales competentes para su interpretación (TEDH, TJUE, TS, TTSSJJ).

Teniendo presente lo anterior y buscando la máxima claridad posible para exponer la solución adoptada, nuestra sentencia se estructura alrededor de los diversos círculos argumentales trazados por las sentencias comparadas y las partes litigantes. Tras exponer las coordenadas del caso (Fundamento Primero) se examina la cuestionada contradicción entre las sentencias opuestas (Fundamento Segundo).

Acto seguido atenderemos a los criterios emanados del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Fundamento Tercero) y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Fundamento Cuarto).

Ya en el plano nacional merecen atención pormenorizada las previsiones civilistas sobre la filiación y su acceso al Registro (Fundamento Quinto). A partir de ahí habremos de tener en cuenta las disposiciones laborales que contemplan este tipo de situaciones (Fundamento Sexto). Sobre ese trasfondo, por fin, hemos de examinar las reglas configuradoras de la protección dispensada (Fundamento Séptimo).

El tramo final de nuestros razonamientos revisa las argumentaciones sobre las que se apoyan las tesis opuestas para resolver el caso (Fundamento Octavo) y expone la convicción a que hemos llegado tras deliberar sobre cuanto antecede (Fundamento Noveno), Sobre todo ello se accede a la decisión final (Fundamento Décimo).

Interesa advertir que en esta misma fecha, el Pleno de esta Sala Cuarta ha deliberado otro asunto que guarda estrecha relación con el presente y que aparece identificado con el número de recurso 3146/2014.

**Segundo.** *Contradicción entre las sentencias comparadas.*

Además de constituir una exigencia legal expresa, controlable incluso de oficio a fin de evitar que se desnaturalice este excepcional recurso, la contradicción entre las resoluciones contrastadas ha sido cuestionada por el escrito de impugnación, de modo que hemos de examinarla de inmediato antes de abordar, en su caso, las infracciones normativas denunciadas.

1. El presupuesto del artículo 219.1 LRJS.

El artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales", SSTS 16/07/2013 (R. 2275/2012), 22/07/2013 (R. 2987/2012), 25/07/2013 (R. 3301/2012), 16/09/2013 (R. 302/2012), 15/10/2013 (R. 3012/2012), 23/12/2013 (R. 993/2013), 29/04/2014 (R. 609/2013), 17/06/2014 (R. 2098/2013), 18/12/2014 (R. 2810/2012) y 21/01/2015 (R. 160/2014).

Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales, SSTS 14/05/2013 (R. 2058/2012), 23/05/2013 (R. 2406/2012), 13/06/2013 (R. 2456/2012), 15/07/2013 (R. 2440/2012), 16/09/2013 (R. 2366/2012), 03/10/2013 (R. 1308/2012), 04/02/2014 (R. 677/2013) y 01/07/2014 (R. 1486/2013).

2. Sentencia recurrida.

La STSJ Cataluña 5214/2015, de 15 septiembre, da la razón al trabajador solicitante de las prestaciones de maternidad como consecuencia de toda una serie de argumentos, tanto asertivos cuanto descalificadores de los contrarios. Son los siguientes:

- La inscripción en el Registro Civil de la filiación configura una situación análoga a la adopción o al acogimiento en la que se reconoce el derecho a prestación de maternidad cualquiera que sea el sexo del solicitante.
- Nuestra legislación es más favorable que la de la UE y por ello no se aplica la STJUE de 18 de marzo de 2014: hay disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más beneficiosas que el contenido de mínimos de la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre.
- La Ley 14/2006 no regula la prestación por maternidad, ni tiene que condicionar la atención a los menores.
- 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.
- Debe asumirse una interpretación generosa del art. 2 del Real Decreto 295/2009 que considera jurídicamente equiparables a las figuras de adopción y acogimiento preadoptivo diversas instituciones.

Por estas razones la sentencia estima el recurso de suplicación del Sr. ... y le reconoce la prestación de maternidad (durante 18 semanas al tratarse de un parto múltiple) y el subsidio especial por segundo hijo (de 6 semanas inmediatamente posteriores al parto) con efectos a la fecha de la solicitud.

3. Sentencia de contraste.

La STSJ País Vasco 944/2015, de 13 mayo (rec. 749/2014) desestima la pretensión de reconocimiento de la prestación de maternidad solicitada en la demanda.

La actora había acudido al condado de San Diego (EEUU de América) para concertar una gestación por sustitución de la que nacieron dos niños, inscritos en el Registro local. La Corte Superior de California declaró a la demandante única progenitora legal de los niños, atribuyéndole su custodia legal y física.

La Sala del País Vasco se remite a dos sentencias del TJUE de 18 de marzo de 2014 dictadas en los asuntos C-167/12 y C-363/12, resolviendo sendas cuestiones prejudiciales planteadas por tribunales de Gran Bretaña e Irlanda. Y cita también la STS Sala I de 6 de febrero de 2014 (rec. 245/2012) en cuanto deja sin efecto la Resolución de 18/2/2009 de la Dirección General de los Registros y del Notariado que había acordado inscribir en el Registro Civil el nacimiento de dos niños en Los Ángeles, hijos de un matrimonio homosexual.

La sentencia considera que ha de acatarse esa jurisprudencia ("visto su origen") en relación a la denominada maternidad por sustitución, aplicándola al problema del derecho a la prestación controvertida.

#### 4. Valoración de la Sala.

Es innegable que existen algunas diferencias entre los dos casos comparados por el INSS en su recurso. Parece diversa la situación de la mujer que se subroga en la posición de madre y la del padre que encomienda a una mujer la gestación de su hijo; parece distinta la legislación aplicada en La India y uno en los Estados Unidos de América; aparentan heterogeneidad los casos cuando la inscripción registral deriva de una resolución judicial extranjera o de la mera decisión del Encargado Consular del Registro.

Siendo importantes esas diferencias, incluso habiendo podido alcanzar trascendencia. Lo cierto es que se trata de datos ajenos al problema. Tal y como la Entidad Gestora ha abordado la solicitud de prestaciones en ambos casos, resulta por completo indiferente cuanto se ha expuesto. Existiendo gestación por sustitución, las prestaciones de maternidad no pueden concederse porque van contra lo regulado por las leyes españolas. Por eso ha de afirmarse que concurre la preceptiva identidad sustancial (hechos, fundamentos, pretensiones) en los debates que han accedido a la suplicación ante las Salas de Cataluña y País Vasco:

- La persona que reclama las prestaciones ha procreado mediante reproducción asistida, acudiendo a la figura de maternidad por subrogación.
- La gestación, nacimiento e inscripción registral de los neonatos se lleva a cabo fuera de España.
- El INSS deniega la prestación aduciendo que la legislación española no contempla esta situación como protegida, además de prohibir la gestación por sustitución.

Que una de las resoluciones utilice argumentos o enfoque diversos a los de la otra (como aduce el impugnante) carece de relevancia desde la perspectiva de la similitud del debate habido en suplicación. Se trata de presupuesto lógico para que existan fallos opuestos y en nada obstaculiza la comparación entre las dos sentencias seleccionadas.

La entidad Gestora que recurre y ha denegado las prestaciones en ambos casos considera contradictorias las sentencias opuestas porque parte de que en ambas se aborda el mismo problema; en ese punto, coincidiendo con el Ministerio Fiscal, hemos de darle la razón, considerar existente la contradicción requerida por el art. 219.1 LRJS y entrar a examinar el fondo del recurso.

#### **Tercero.** *Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.*

Conforme al art. 8º del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Derecho al respeto a la vida privada y familiar) toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar. En especial, se proscriben la injerencia de las autoridades públicas en el ejercicio de este derecho salvo que sea necesario para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

La función y las competencias que los actuales arts. 32 y 46 del citado Convenio atribuyen al Tribunal Europeo de Derechos Humanos hacen que su interpretación sobre alcance de tales derechos posea una eficacia

hermenéutica muy relevante respecto de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en nuestra Constitución.

Pues bien, examinando la eventual vulneración de tal derecho, el TEDH ha resuelto tres casos relevantes para nuestro asunto. Veamos su doctrina.

#### 1. STEDH 26 junio 2014.

En esta importante sentencia se sienta doctrina sobre dos asuntos similares, surgidos a propósito de casos resueltos con arreglo a la legislación francesa.

A) El caso *Menesson c. Francia* (demanda 65192/11) aborda un supuesto en que una pareja de nacionalidad francesa, tras varios intentos fallidos de procrear mediante el recurso a la fecundación in vitro con sus propios gametos, recurre a la gestación por sustitución en California.

Los recurrentes aseguraron que la mujer gestante no había percibido remuneración alguna.

El consulado francés rechaza practicar la inscripción de nacimiento. Los recursos posteriores confirman esa decisión puesto que las inscripciones serían nulas al contravenir los principios del orden público (indisponibilidad del cuerpo humano, estado de las personas).

B) El caso *Labassee c. Francia* (demanda 65941/11) es muy similar. Se trata de pareja francesa con problemas de fertilidad y que recurre a la gestación por sustitución para tener descendencia. Suscriben contrato de maternidad por subrogación en los Estados Unidos de América (Minnesota).

Las autoridades francesas niegan la inscripción por infringir el Código Civil y en consecuencia el orden público nacional.

C) El Tribunal subraya las delicadas cuestiones éticas que suscita el tema y la falta de consenso sobre el mismo, por lo que los Estados deben disponer de un amplio margen para regularlo. Pero sí puede controlarse si se ha alcanzado un justo equilibrio entre los intereses del Estado y los de los individuos directamente afectados habida cuenta del principio sobre primacía del interés del menor.

Habiéndose acreditado que padres e hijas se han podido establecer en Francia poco después del nacimiento, que viven juntos en una situación globalmente comparable a la de otras familias, y que no se ha estimado que exista riesgo de que las autoridades decidan separarles con motivo de su situación respecto del Derecho francés, se considera por el Tribunal que se ha alcanzado un justo equilibrio entre los intereses de los recurrentes y los del Estado, por lo que se refiere a su derecho al respeto a la vida familiar.

Pero los efectos del no reconocimiento en el Derecho francés de la relación de filiación entre los niños nacidos por gestación por sustitución en el extranjero y las parejas que han acudido a este método no se limitan a la situación de estos últimos: afectan también a la de los propios menores, cuyo derecho al respeto a la vida privada, que implica que cada uno pueda establecer la sustancia de su identidad, incluida su filiación, se encuentra significativamente afectado. De este modo, por lo que se refiere al respeto de la vida privada de las niñas así nacidas, el Tribunal aprecia una situación de incertidumbre jurídica en cuanto a la posibilidad de ver reconocida su nacionalidad francesa y de heredar de los esposos recurrentes, incertidumbre que adquiere un relieve especial cuando uno de los miembros de la pareja es a la vez el que engendró al niño.

Concluye que al obstaculizar el Tribunal de Casación francés tanto el reconocimiento como el establecimiento de su vínculo de filiación respecto de su padre biológico (dado que ni siquiera le permite reconocerlo como hijo o adoptarlo), el Estado francés ha ido más allá de lo que permite su margen discrecional y ha ignorado el derecho de las niñas a su vida privada, conculcando el art. 8 del Convenio.

#### 2. STEDH 27 enero 2015.

La STEDH 27 enero 2015 (demanda 25358/12), *Paradiso y Campanelli contra Italia*, se refiere a un matrimonio italiano que, tras varias tentativas fallidas de fecundación in vitro, recurre a un vientre de alquiler para ser padres. La gestación y el parto acaecen en Rusia, donde la gestante dio su consentimiento escrito para que el bebé fuera registrado como hijo de los progenitores italianos.

Inicialmente tuvo lugar la inscripción de éstos como padres de acuerdo a la legislación rusa, pero posteriormente fueron imputados por alteración del estado civil, falsedad y violación de la ley sobre adopción, en

tanto se acreditaron notables falsedades en el relato de los hechos, negándoseles el reconocimiento de la filiación establecida en el extranjero

Las autoridades italianas no solo rechazaron la filiación de referencia sino que, tras seis meses de convivencia, pusieron al niño bajo la tutela de una institución suprimiendo así toda posibilidad de contacto mutuo, y además le entregaron a una familia de acogida.

B) El Tribunal aprecia la vulneración del art. 8 del Convenio al considerar contrario a éste la decisión de las autoridades italianas de alejar al niño de los padres y ponerlo bajo la tutela de una institución, dado que su convivencia durante más de seis meses supone que los tres constituían un núcleo familiar “de facto”.

### 3. Valoración.

Las sentencias reseñadas estiman que se ha producido una violación del art. 8 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. No se discute en esos supuestos sobre el derecho a la protección por maternidad que dispensa la Seguridad Social. Lo que está en juego es la viabilidad y validez de la inscripción registral de filiación surgida mediante contrato de maternidad.

La invocación que de esta doctrina se hace en alguna de las resoluciones citadas por la sentencia recurrida o el Informe del Ministerio Fiscal no puede resultar decisiva para la suerte del recurso, bien que constituya un elemento hermenéutico significativo.

Los casos resueltos se desarrollan en un contexto jurídico diverso del español. En nuestro Estado, la posibilidad de adoptar a los menores o de indagar la paternidad biológica mitigan el eventual desamparo en que pueden encontrarse al impedir su acceso al Registro Civil como hijos de los padres subrogados.

Con todo, debe destacarse la relevancia que las sentencias conceden a la necesidad de proteger la situación realmente generada. Si existe convivencia familiar entre los padres subrogados y los menores, ha de protegerse en beneficio de los segundos; y ello especialmente si uno de los padres subrogados es también padre biológico. Aunque no se explicita de tal modo, lo que se hace es optar por un “mal menor”: mantener las consecuencias de una situación contraria al Derecho nacional (convivencia derivada de la maternidad subrogada) porque así conviene al interés del menor (mantenerlo en su núcleo familiar “de facto”). Y esto, al margen de lo que disponga el Derecho Internacional Privado, obviamente también integrado en el ordenamiento español.

#### **Cuarto.** *Jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo.*

Recordemos que la sentencia de contraste considera decisivo para resolver el caso el tenor de dos sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), que sí abordan de manera frontal el posible derecho a percibir prestaciones de maternidad en casos de maternidad subrogada.

##### 1. STJUE 18 marzo 2014, C-167/12.

La STJUE de 18 de marzo de 2014, C-167/12, aborda el problema derivado de normativa nacional (Reino Unido) que deniega el 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. Su doctrina está condensada en el fallo:

- Primero examina el asunto a la vista de 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. Esa norma no obliga a que los Estados miembros confieran el permiso de maternidad a la madre subrogante de referencia.

- Posteriormente afronta el tema desde la óptica 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. 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.

##### 2. STJUE 18 marzo 2014, C-363/12.

Un problema similar surge cuando una trabajadora de Irlanda solicita prestación por maternidad subrogada, institución desconocida en el ordenamiento de ese país. La respuesta es análoga a la precedente, aunque añadiendo alguna precisión

- Óptica de la Directiva 2006/54/CE, 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: no constituye una discriminación basada en el sexo el hecho de denegar la concesión de un permiso retribuido equivalente al 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. En suma: la situación de una madre subrogante en lo concerniente a la atribución de un permiso por adopción no está comprendida en esta Directiva.

- Enfoque desde 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: 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.

### 3. Valoración.

La pretensión de acceder a las prestaciones de maternidad cuando ha mediado filiación por contrato ("vientre de alquiler") no puede ampararse en el Derecho de la Unión Europea, sea de modo directo, sea buscando su interpretación a la luz de alguna Convención de Naciones Unidas. Siendo evidente que el Derecho de la UE no brinda una respuesta positiva al problema en cuestión, debe advertirse que tampoco la excluye.

Por otro lado los Estados miembros podrán adoptar o mantener disposiciones más favorables que las albergadas por las Directivas examinadas (art. 27.1 Directiva 2006/54/CE; art. 8.1 Directiva 2000/78).

En conclusión, una cosa es que el ordenamiento emanado de la UE carezca de previsiones a partir de las cuales deba accederse a la petición del Sr. ... (lo cual es cierto) y otra que obligue a desestimarla (lo que no se corresponde con la realidad). Por tanto, la argumentación axial de la sentencia de contraste debe considerarse errónea.

### **QUINTO.** *Maternidad subrogada en el Derecho Civil Nacional.*

Dada la unidad del ordenamiento jurídico y la habitual recepción de las instituciones civiles por parte del Derecho de la Seguridad Social, es inevitable que buena parte de las argumentaciones desplegadas en el procedimiento aludan al valor que la maternidad subrogada posee cuando se desarrolla con sujeción a las leyes de un tercer Estado. Esa figura (denominada de múltiples formas en la realidad: vientre de alquiler, maternidad subrogada o suplente, etc.) es la que nuestro Derecho identifica como gestación por sustitución y surge cuando se concierta la gestación (con o sin precio) a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor de un contratante o de un tercero (art. 10.1 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida).

#### 1. Las Leyes sobre Registro Civil y Reproducción Asistida.

A) La Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957, dispone en su artículo 23 que "Las inscripciones se practican en virtud de documento auténtico o, en los casos señalados en la Ley, por declaración en la forma que ella prescribe. También podrán practicarse, sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española."

Recordemos que se trata de una norma derogada, pero vigente hasta 30 de junio de 2017, una vez quede extinguido el régimen transitorio, por la disposición derogatoria.1 de la Ley 20/2011, de 21 de julio

B) La Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil se manifiesta en la línea argumentativa favorable al reconocimiento del derecho en cuestión. Su art. 96.2 dispone que la inscripción de las resoluciones judiciales

extranjeras (o decisiones emanadas de autoridad que ejerza funciones jurisdiccionales: art. 96.3) se podrá instar o previa superación del trámite del exequátur o ante el Encargado del Registro Civil. En este segundo caso, procederá tras verificar diversos extremos (validez de los documentos, competencia del Tribunal de origen, tutela judicial de las partes), entre los que se alude a que la inscripción de la resolución “no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español”. En todo caso, esta regulación no es aplicable, por razones cronológicas, al supuesto abordado.

C) El artículo 113 del Código Civil prescribe lo siguiente:

La filiación se acredita por la inscripción en el Registro Civil, por el documento o sentencia que la determina legalmente, por la presunción de paternidad matrimonial y, a falta de los medios anteriores, por la posesión de estado. Para la admisión de pruebas distintas a la inscripción se estará a lo dispuesto en la Ley de Registro Civil.

No será eficaz la determinación de una filiación en tanto resulte acreditada otra contradictoria.

Y el artículo 120 del mismo Código Civil dispone que la filiación no matrimonial queda determinada legalmente:

1.º En el momento de la inscripción del nacimiento, por la declaración conforme realizada por el padre en el correspondiente formulario oficial a que se refiere la legislación del Registro Civil.

2.º Por el reconocimiento ante el Encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público.

3.º Por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil.

4.º Por sentencia firme.

5.º Respecto de la madre, cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro de plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley del Registro Civil.

D) La Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida dedica su ya mencionado artículo 10 a la “gestación por sustitución” y contiene tres prescripciones tan breves como relevantes:

- Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.

- La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.

- Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

## 2. Las Resoluciones e Instrucciones administrativas.

A) La conocida Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009 aborda el supuesto de dos ciudadanos españoles (casados) que solicitan la inscripción de sus hijos nacidos en San Diego (California), mediante gestación por sustitución. El Encargado del Registro Civil Consular la deniega al amparo del transcrito art. 10.1 de la Ley 14/2006.

La DGRN estima el recurso interpuesto (ordenando la inscripción, en el Registro Civil Consular) porque considera que no se trata de inscripción con base en una declaración del sujeto (lo que obliga a controlar la legalidad de lo manifestado) sino a partir de lo acreditado mediante certificación registral extranjera donde consta el nacimiento y la filiación del nacido (operando la “validez extraterritorial de decisiones extranjeras en España”). Por consiguiente, “son aplicables en el presente caso las normas jurídicas españolas que regulan el acceso al Registro Civil español de las certificaciones registrales extranjeras, esto es, el art. 81 del Reglamento del Registro Civil y no las normas de conflicto españolas y tampoco las normas sustantivas españolas que determinan la filiación”, siempre que ello no vulnere el orden público internacional español y valorando el “interés superior del menor”.

B) La Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la misma DGRN, aborda, con carácter general, el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. En ella se descarta como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido la certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica.

La inscripción de nacimiento solo puede realizarse presentando, junto a la solicitud de inscripción, la resolución judicial dictada por Tribunal competente (determinante de la filiación), la cual debe ser objeto de

exequátur. Si la resolución judicial extranjera tuviera su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, el encargado del Registro Civil controlará incidentalmente, como requisito previo a su inscripción, si tal resolución judicial puede ser reconocida en España. En este supuesto debe constatar, entre otros extremos, que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante, debiendo verificarse que el consentimiento de esta se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente.

En los casos en los que se solicite la inscripción del nacido en el extranjero mediante gestación por sustitución sin que concurran las exigencias anteriores el encargado del Registro Civil denegará la inscripción.

C) La Circular de 11 de julio de 2014 de la DGRN mantiene la plena vigencia de su Instrucción de 5 de octubre de 2010, considerando que la doctrina sentada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (expuesta acto seguido) está superada por la emanada del Tribunal de Estrasburgo.

### 3. Las resoluciones de la Sala Primera del Tribunal Supremo.

A) La citada Resolución DGRN de 2009 fue recurrida por el Ministerio Fiscal y el procedimiento finalizó, en casación, con la STS-Civil 6 febrero 2014 (rec. 245/2012). En ella se considera que la decisión de la autoridad registral de California al atribuir la condición de padres al matrimonio que contrató la gestación por sustitución con una mujer que dio a luz en dicho Estado “es contraria al orden público internacional español por resultar incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares, en concreto de la filiación, inspiradas en los valores constitucionales de dignidad de la persona, respeto a su integridad moral y protección de la infancia”.

A tal conclusión se llega teniendo presente el tenor de las Leyes sobre Registro Civil y sobre Reproducción Asistida, descartándose asimismo que ello comporte cualquier tipo de discriminación por razón de género o de orientación sexual. La aplicación del principio de la consideración primordial del interés superior del menor ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma. No hacerlo así podría llevar a la desvinculación del juez respecto del sistema de fuentes, que es contraria al principio de sujeción al imperio de la ley que establece el art. 117.1 CE.

La protección ha de otorgarse a dichos menores partiendo de las previsiones de las leyes y convenios aplicables en España, y de la jurisprudencia que los interpreta y aplica, tomando en consideración su situación actual. La STS acepta que denegar la inscripción registral puede comportar alguna disfunción o perjuicio para los menores pero relativiza sus consecuencias prácticas (posible internamiento en un orfanato, o envío de los menores a USA) puesto que “si los menores tienen relaciones familiares de facto con los recurrentes, la solución que haya de buscarse tanto por los recurrentes como por las autoridades públicas que intervengan, habría de partir de este dato y permitir el desarrollo y la protección de estos vínculos”.

B) La referida sentencia de 6 febrero 2014 fue objeto de un incidente de nulidad de actuaciones, principalmente basado en la doctrina sentada por el TEDH en junio de 2014, más arriba referenciada. La Sala Primera de este Tribunal Supremo, mediante su Auto de 2 de febrero de 2015 rechaza la rectificación de su criterio porque:

- El ordenamiento español admite la determinación de filiación paterna; y, en todo caso, cabe la protección del menor mediante la adopción o el acogimiento.
- Una vez determinada la filiación biológica y la filiación por criterios no biológicos, el menor tendría la nacionalidad española y podrá heredar como hijo.
- La sentencia combatida tiene en cuenta la prevalencia del interés superior del menor.
- El litigio español es distinto, pues se impugnaba la inscripción en el Registro Civil con base en las actas de nacimiento de California.

### 4. Valoración.

Nuestro ordenamiento no admite la validez de la maternidad por subrogación y asigna la paternidad en tales casos a la madre biológica, debiendo rechazarse la inscripción como hijos biológicos de los padres subrogados.

El Tribunal Supremo considera que la toma en consideración del interés del menor puede venir de la mano de la adopción o de otras instituciones, además de activarse los resortes que permitan una protección real de las

situaciones fácticas generadas al amparo de tal tipo de maternidad. Lo que descarta es la posibilidad de inscribir como hijos los así declarados en otro Estado donde se han gestado mediante la técnica de maternidad subrogada.

Ahora bien, nótese que la Sala Primera está resolviendo la cuestión formal de acceso al Registro Civil y aplicando el orden público internacional español. En modo alguno está avalando el apartamiento de un menor respecto de quienes en realidad actúan como sus padres. Lejos de ello, sus consideraciones finales exhortan a la búsqueda de remedios para proteger al menor que ya está inserto de facto en determinado núcleo familiar.

#### **Sexto. Normas de Seguridad Social aplicables.**

##### **1. La LGSS.**

A) Por razones cronológicas se aplica al caso la versión de la Ley General de la Seguridad Social de 1994 (LGSS), cuyo artículo 133.bis (actual 177 LGSS/2015) delimita las “situaciones protegidas” a efectos de tales prestaciones:

A efectos de la prestación por maternidad prevista en esta Sección, se consideran 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.

B) Como se observa, la norma de Seguridad Social no se ha limitado a una remisión a instituciones laborales (lo que hubiera sido quizá más claro) sino que, ella misma, ha optado por mencionar las situaciones o supuestos protegidos.

Corolario de ello debiera ser que si la norma laboral contempla un supuesto omitido por la LGSS surgen los derechos de tipo profesional que aborda la primera, pero no las prestaciones que ordena la segunda. También, que la mención de una situación como protegida por la LGSS y omitida por el ET queda sin prestaciones de Seguridad Social. Es el sumatorio de ambos bloques normativos el que configura la situación protegida porque así lo ha querido el legislador.

C) Las situaciones protegidas, conforme al artículo 133.bis son tres: la maternidad, la adopción y el acogimiento. Nótese que estamos en un Capítulo de la LGSS dedicado a “Maternidad” pero que dentro del mismo aparecen situaciones protegidas que nada tienen que ver con esa figura. En todo caso, la maternidad por subrogación no aparece contemplada de forma expresa.

D) Como es lógico, dados los términos en que se reconoce el derecho a estas prestaciones, son beneficiarios “las personas incluidas en este Régimen General, cualquiera que sea su sexo” (art 133.ter LGSS/1994; art. 178.1 LGSS/2015).

##### **2. El RD 295/2009, de 6 de marzo.**

Mediante Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

Su artículo 2.2 dispone que se consideran 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.

El art. 3.2 del RD 295/2009 prescribe que en caso de fallecimiento de la madre el otro progenitor tendrá derecho a la prestación económica por maternidad durante todo el periodo de descanso o durante la parte que quedara por disfrutar de dicho periodo, computado desde la fecha del parto, siempre que aquél acredite los requisitos exigidos y sin que se descuente la parte que la madre hubiera podido percibir con anterioridad al parto. En estos casos, el disfrute de esta prestación es compatible con el derecho al subsidio por paternidad.

### 3. Recapitulación.

Para las normas de Seguridad Social lo decisivo a la hora de otorgar las prestaciones por maternidad está en la concurrencia de un doble dato o requisito. El primero (acontecimiento familiar) regulado por normas civiles, el segundo (derecho laboral reflejo) por leyes sobre prestación de actividad productiva asalariada.

La maternidad por subrogación no aparece expresamente contemplada por la LGSS cuando identifica las situaciones protegidas por las prestaciones de "maternidad". A partir de ahí surgen diversas hipótesis interpretativas: que el listado de situaciones protegidas posee carácter cerrado y rechaza los casos como el ahora examinado; que la maternidad subrogada no deja de ser una variante de la genérica, por lo que ha de subsumirse en ella; que la analogía aconseja asimilar el supuesto al de acogimiento; en fin, que estamos ante una Ley contraria a la Constitución puesto que discrimina por razón de género a determinadas personas que desean acceder a la paternidad; o que los menores de padres subrogados son objeto de un trato peyorativo que es asimismo incompatible con el art. 14 CE.

Por otro lado, aunque las normas hablen de prestación de maternidad no están reservándola para la madre biológica, sino que comprenden bajo ese género a la persona que asume la progenitura biológica (padre, madre) o una función similar (adoptante, acogedora).

#### **Sèptimo.** *Contemplación laboral del supuesto.*

##### 1. Estatuto de los Trabajadores.

A) Al abordar las causas de suspensión contractual, el artículo 45.1.d) ET contempla varios supuestos relacionados con cuanto ahora interesa:

Maternidad, paternidad, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que su duración no sea inferior a un año, de menores de seis años o de menores de edad que sean mayores de seis años cuando se trate de menores con discapacidad o que por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes.

B) El extensísimo artículo 48.4 ET regula la suspensión del contrato de trabajo como consecuencia de maternidad; recordemos que se trata de la norma remitida por la LGSS para acotar el supuesto protegido. Por cuanto ahora interesa, la redacción vigente en septiembre de 2013, dispone lo siguiente:

En el supuesto de parto, la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables en el supuesto de parto múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo. [...]

En los supuestos de adopción y de acogimiento, de acuerdo con el artículo 45.1.d) de esta Ley, la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliable en el supuesto de adopción o acogimiento múltiples en dos semanas por cada menor a partir del segundo. Dicha suspensión producirá sus efectos, a elección del trabajador, bien a partir de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, bien a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, provisional o definitivo, sin que en ningún caso un mismo menor pueda dar derecho a varios períodos de suspensión.

[...]

En los supuestos de adopción internacional, cuando sea necesario el desplazamiento previo de los progenitores al país de origen del adoptado, el período de suspensión, previsto para cada caso en el presente apartado, podrá iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituye la adopción.

Los trabajadores se beneficiarán de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubieran podido tener derecho durante la suspensión del contrato en los supuestos a que se refiere este apartado, así como en los previstos en el siguiente apartado y en el artículo 48 bis.

##### 2. Valoración.

Al igual que la LGSS, cuando el ET enumera las causas de suspensión del contrato de trabajo alude a la maternidad, aunque al desarrollar el régimen jurídico opta por referirse al “parto”. Junto a ese supuesto, también aparecen regulados la adopción (incluso internacional) y el acogimiento.

Por lo tanto, son reproducibles las dudas acerca de qué sucede con los supuestos de maternidad por subrogación.

#### **Octavo. Doctrinas enfrentadas.**

En el presente caso concurre de forma natural el presupuesto básico del recurso de casación para la unificación de doctrina (art. 219.1 LRJS): hay doctrinas contrapuestas respecto de un mismo problema. Antes de dar solución al debate interesa repasar los principales argumentos desplegados por ambas posiciones, todos ellos invocados en los escritos procesales que se han presentado o en las sentencias enfrentadas.

##### 1. Denegación de las prestaciones.

La Entidad Gestora considera que las prestaciones reclamadas no pueden concederse y a tal efecto invoca diversos argumentos:

- Es consecuencia inescapable de lo preceptuado por el art. 6, apartados 3 y 4 del Código Civil, el art. 23 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, el art. 981 de la LEC y el art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo.
- El art. 133 bis LGSS establece como situaciones protegidas por maternidad, la propia maternidad natural, la adopción y el acogimiento, tanto preadoptivo, como permanente o simple, pero no la maternidad por subrogación.
- De haberlo querido, el legislador habría contemplado el supuesto y no lo ha hecho. Lo mismo sucede con el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo.
- La doctrina sentada por la Sala Primera del Tribunal Supremo y la dimanante de las SSTJUE de 18 de marzo de 2014 conducen a esa misma negativa.
- El contrato de gestación por sustitución del que trae causa el derecho al permiso de maternidad, así como su correspondiente prestación, es plenamente nulo y fraudulento. La mera inscripción registral de la filiación no puede crear efectos constitutivos para una situación nula de pleno Derecho.
- La prestación económica por maternidad trata de proteger a la mujer trabajadora, siendo el interés del menor una consecuencia, pero no el principal bien protegido.
- La finalidad de la protección de la maternidad por parto no es equiparable con la de gestación por sustitución, porque la finalidad que se persigue con esta concreta protección es diferente: salud de la madre, antes y después del parto, además de la de su atención al nacido.

##### 2. Concesión de las prestaciones.

Los argumentos que conducen a la concesión de las prestaciones asociadas a la maternidad, pese a haber surgido la misma por subrogación, pueden entresacarse de la sentencia recurrida y el escrito de impugnación. Son los siguientes:

- 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 .
- 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.
- Los principios informadores de nuestro Sistema legitiman un devengo fundamentado más en el prioritario interés del menor protegido que en el del progenitor al que la Norma no le reconoce la condición de tal.
- La condición de progenitor no se ostenta por ser sujeto que ha contribuido físicamente a dar a luz sino que viene otorgada porque así figura en el Registro Civil en su condición de sujeto que ha obtenido esa posición por virtud de una filiación conseguida mediante gestación por sustitución.
- Cabe la aplicación analógica de lo previsto para adopción o acogimiento, trasladándolo a los casos de maternidad subrogada.

- Los problemas sobre constancia registral del progenitor biológico no deben privar al menor de la atención, bienestar y cuidado que su persona merece y que constituye un elemento prioritario de la prestación por maternidad en nuestra legislación.

- Carece de sentido invocar la Ley 14/2006, de 26 de mayo (RCL 2006, 1071), pues no es una norma reguladora de la prestación, ni tiene por objeto condicionar la atención a los menores, cuestión ajena a la petición de prestación económica de la Seguridad social.

#### **NOVENO.** *Consideraciones específicas.*

A lo largo de la precedente Fundamentación se ha examinado el tema de la maternidad por subrogación desde diversas perspectivas pero siempre con el lógico condicionante de que se trata de terminar si el Sr. ... tiene derecho a percibir las prestaciones de maternidad que la Seguridad Social española dispensa. Sobre toda esa base es el momento de exponer las consideraciones que, a juicio de esta Sala, abocan a la confirmación de la sentencia recurrida, no sin antes recordar los concretos términos en que se desarrolla el debate.

##### 1. Acotación del problema.

A) En modo alguno nos corresponde pronunciarnos sobre la filiación de los menores nacidos el 25 de septiembre de 2013 en Nueva Delhi. Mucho menos, acerca de si procede su inscripción el Registro español.

Conforme al HP Primero (no impugnado en suplicación) las dos niñas fueron inscritas en el Registro Civil del Consulado de España en Nueva Delhi, Tomo IV, páginas 473, 474, 475 y 476. Ese es el dato del que debemos partir, con independencia del criterio que merezca la actuación del Encargado de dicho Registro Consular o, incluso, de los recursos que frente a tal decisión se hubieren interpuesto.

B) Lo que se trata es de determinar si el padre biológico de dos niñas, gestadas mediante subrogación y a su instancia, tiene derecho al disfrute de las prestaciones asociadas a la maternidad. La respuesta ha de tener en cuenta que en nuestro ordenamiento es nulo el negocio jurídico que subyace en esta gestación y que aparece descrito como HP Tercero, también pacíficamente aceptado por las partes litigantes.

C) En nuestro caso no aparece elemento alguno que induzca a pensar en la existencia de conductas fraudulentas o, directamente, delictivas, más allá de la ilicitud que comporta la propia maternidad por encargo. La Resolución denegatoria del INSS que se ha traído ante la jurisdicción social rechaza lo solicitado "por no encontrarse en ninguno de los supuestos previstos en ninguna de las situaciones protegidas en el art. 133 bis de la LGSS".

Por lo pronto, habida cuenta de que el Sr. ... aparece como el padre biológico de las menores (nadie lo cuestiona, además de que así resulta de la inscripción del registro Civil, conforme al art. 113 del Código Civil) y de que también el varón puede disfrutar de una parte (o de la totalidad) del permiso (y del subsidio) de maternidad la respuesta parece muy inexacta. Como se ha puesto de relieve a lo largo de este procedimiento, la verdadera causa de la denegación estriba en que las menores han nacido merced a un contrato de maternidad por subrogación.

Solo a efectos dialécticos, resaltemos que si el Sr. ... hubiera mantenido relaciones sexuales con la madre gestante, sin más, se vendría abajo la argumentación desplegada por el INSS en este caso. Y cabe pensar que lo mismo sucedería si el contrato de gestación hubiera permanecido al margen del Derecho, o no se hubiera instrumentado, y, se hubiera procedido al reconocimiento de la filiación paterna ante el encargado del Registro Civil (ex art. 120.1º del Código Civil), como así sucede en este caso.

D) Estas últimas consideraciones solo sirven para reforzar nuestra argumentación, en modo alguno para determinarla. Por el modo en que el asunto surge y por los términos en que concurre la contradicción, no queda más remedio que responder abiertamente a la tesis del INSS y de la sentencia de contraste; conforme a ella, la gestación por sustitución impide, siempre, que se lucren las prestaciones por maternidad contempladas en nuestro sistema de Seguridad Social.

E) La pretensión de deducir una respuesta directa y vinculante de lo establecido en las sentencias del TEDH (para reconocer la prestación) o del TJUE (para denegarla) y del TS Sala Civil (igualmente para denegarla), como ha quedado expuesta, es equivocada.

##### 2. Argumentos de la Sala.

Parte de los argumentos que conducen a considerar acertada la doctrina albergada en la STSJ Cataluña que se recurre ya han quedado expuestos en pasajes precedentes. Sin embargo, en este tramo conclusivo conviene compendiarlos y adicionar algún otro.

A) El interés del menor y las prestaciones por “maternidad”.

El interés superior del menor no puede erigirse en principio a partir del cual los órganos jurisdiccionales alteren el contenido de las normas y eludan la sujeción al ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE). Ahora bien, sí constituye un canon interpretativo de relevancia cuando debemos aplicar normas que lo han querido tener presente, como aquí sucede.

En efecto, pese a sus orígenes y denominación, la protección que la Seguridad Social dispensa a la “maternidad” va mucho más allá del descanso asociado al alumbramiento. Así lo hemos dicho en ocasiones precedentes:

- STS 9 diciembre 2002 (rec. 913/2002): para determinar el día inicial de la suspensión del contrato por adopción internacional de menor expone que “la suspensión de la relación laboral por maternidad tiene como fundamento la necesidad de convivencia y contacto permanente entre madre e hijo”.

- STS 5 mayo 2003 (rec. 2497/2002): para determinar la duración de las prestaciones en caso de acogimiento múltiple

- STS 15 septiembre 2010 (rec. 2289/2009): para determinar si se tiene derecho a las prestaciones como consecuencia de adopción de menor cuya madre biológica ya había disfrutado de la maternidad se examina la situación de necesidad familiar.

La cuestión resulta evidente solo con reparar en que las prestaciones de esta especie se dispensan también en supuestos donde no hay alumbramiento (adopción, acogimiento, etc.).

Por otro lado, el artículo 39 CE proporciona diversos principios que han de presidir nuestra interpretación de las leyes vigentes (art. 53.3 CE): procurar la protección social de la familia, la protección integral de los hijos y velar por los derechos de los niños.

No parece dudoso que para las dos menores nacidas en Nueva Delhi resulta conveniente que quien es y actúa como progenitor pueda estar a su cuidado al amparo de la situación protegida por la Seguridad Social (relevado de su actividad laboral, percibiendo prestaciones económicas). Si ello resulta posible, por tanto, debe accederse a lo pedido por el Sr. ...

B) Listado de situaciones protegidas parcialmente abierto.

Nuestra STS 5 mayo 2003 (rec. 2497/2002) aborda el alcance de las prestaciones en un supuesto de acogimiento múltiple y examina detalladamente la evolución normativa de las prestaciones por maternidad hasta la promulgación de la Ley 39/1999. Expone la progresiva ampliación de las prestaciones por este tipo de causa y concluye descartando que los supuestos ignorados por las leyes puedan cubrirse por medio de interpretaciones analógicas (“No había por tanto laguna legal en la norma de 1996 que permitiese la aplicación analógica de las previsiones que para el parto múltiple se contenían en la Orden de 13 de octubre de 1967 ...”).

La situación actual es bien diversa. No solo porque la maternidad por subrogación, como su propio nombre indica, puede abordarse como una especie o subtipo reconducible a la categoría general sino también porque el panorama normativo es distinto al existente cuando se dicta tal resolución.

Actualmente el RD 295/2009, de 6 de marzo, regula las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural. El primer párrafo de su artículo 2.2 reza así:

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.

La relativa apertura del elenco de supuestos protegidos permite cierta flexibilidad interpretativa que antes no existía. Podría pensarse que la posición de los progenitores en los casos de maternidad subrogada es similar a la que, también como progenitores, ocupan aquéllos que se hallan en supuestos de adopción o acogimiento. Sin duda, en algunos casos puede ser así, mientras que en otros, como el presente, en que concurre la paternidad biológica de quien demanda las prestaciones, ese recurso interpretativo es solo adicional.

En todo caso, pugna con la lógica más primaria que se deniegue la prestación en los supuestos de gestación por sustitución cuando se reconocería *ex lege* si el solicitante se hubiera limitado a adoptar o a acoger a un menor, o a manifestar que lo ha engendrado junto con la madre.

#### C) Protección a un estado de necesidad real.

Como queda expuesto, cuando la Sala Primera de este Tribunal niega la inscripción registral de los hijos habidos mediante maternidad subrogada lleva cuidado en atender las necesidades familiares que hayan surgido de facto .

Para el TEDH uno de los puntos muy relevantes a considerar es el referido a la vida privada de las menores que están integradas en una unidad familiar, bien que sea como consecuencia de una maternidad subrogada que las leyes nacionales proscriben. Esa dimensión se recalca todavía más cuando uno de los miembros de la unidad familiar es quien engendrará al niño.

A la luz de ello, cuando el padre (biológico, tras maternidad subrogada) es el único de los progenitores que materialmente está al cuidado de las menores la única forma de atender la situación de necesidad consiste en permitirle el acceso a las prestaciones. Unas prestaciones, obvio es, que están reconocidas por nuestras Leyes y que se han denegado como consecuencia de que la gestación deriva de un negocio jurídico nulo. Lo que estamos haciendo, en contra de lo que el escrito del recurso entiende, es interpretar las normas sobre prestaciones de maternidad no solo a la luz de la “realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquella” (art. 3.1 CC) sino, muy especialmente, a la vista del tenor de otros preceptos. No se trata de violentar lo preceptuado por el legislador sino de aquilatar el alcance de sus previsiones, armonizando los diversos mandatos confluyentes.

Cuando el Ministerio Fiscal ha informado en el mismo sentido que nuestra sentencia acoge, está queriendo actuar, precisamente, de acuerdo con lo interesado por la propia Sentencia de la Sala Primera. En modo alguno puede hablarse, por tanto, de colisión entre doctrinas cuando la jurisdicción social acoge el criterio que estamos asumiendo.

#### D) Interpretación constitucional.

Nuestro Derecho preconiza la nulidad del contrato de maternidad por subrogación. Al mismo tiempo, la LGSS contempla la protección de la maternidad y paternidad, sin mayores restricciones. No es que los bloques normativos estén enfrentados, sino que obedecen a lógicas diversas y también distinta es su aproximación el supuesto de hecho.

Al intérprete corresponde la ardua tarea de armonizar del modo más coherente posible esas magnitudes heterogéneas. “Cada norma singular no constituye un elemento aislado e incomunicado en el mundo del Derecho, sino que se integra en un ordenamiento jurídico determinado, en cuyo seno, y conforme a los principios generales que lo informan y sustentan, deben resolverse las antinomias y vacíos normativos, reales o aparentes, que de su articulado resulten ” (SSTC 233/1999, de 16 de diciembre; 150/1990, de 4 de octubre; 222/2006, de 6 de julio). De este modo, hemos de conjugar los diversos mandatos normativos procurando el resultado más acorde a las premisas constitucionales.

Por otro lado, el ordenamiento laboral no es ajeno al reconocimiento de efectos en casos de negocios jurídicos afectados de nulidad. Por ejemplo, cuando se reconoce el derecho al salario por el tiempo ya trabajado al amparo de un contrato que resultase nulo (art. 9.2 ET); se establece pensión de viudedad en determinados casos de nulidad matrimonial (art. 220.3 LGSS/2015); se acotan los efectos de la ausencia de permiso de trabajo (art. 36.5 LOEx 4/2005); se conceden ciertos efectos a los matrimonios poligámicos, etc.

En suma: que una Ley Civil prescriba la nulidad del contrato de maternidad por subrogación no elimina la situación de necesidad surgida por el nacimiento del menor y su inserción en determinado núcleo familiar; y tal situación de necesidad debe ser afrontada desde la perspectiva de las prestaciones de Seguridad Social procurando

que esos hijos no vean mermados sus derechos. Y aquí nos encontramos con un contrato de maternidad por subrogación que es nulo pero que ha desplegado sus efectos, en particular los que interesan: inserción de las menores nacidas en el núcleo familiar de quien solicita las prestaciones por tal motivo.

El art. 39.3 CE obliga a los padres a prestar asistencia a los hijos habidos “dentro o fuera del matrimonio”. En el supuesto que abordamos no cabe duda de que quien solicita las prestaciones es el padre (biológico, pero también registral) de las dos menores nacidas en La India y que resulta más acorde con ello permitirle la atención que las prestaciones económicas persiguen.

De igual modo, la “protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación” (art. 39.2 CE), aconseja no adicionar causas de exclusión ignoradas por la LGSS al establecer sus prestaciones.

La conciliación de la vida familiar y laboral, que es principio implícito en esos mandatos y aparece asumido de manera robusta en múltiples pronunciamientos de la jurisprudencia (constitucional, pero también ordinaria) aparece asimismo como canon imprescindible a la hora de aquilatar el alcance de derechos legalmente conferidos a partir de la existencia de un menor. Cuando la STJUE 18 marzo 2014, C-167/12 aborda la eventual protección de las Directivas 92/85/CEE y 2006/54/CE a los casos de prestaciones por maternidad, advierte que se trata de una institución regulada “evitando que la acumulación de cargas que deriva del ejercicio simultáneo de una actividad profesional perturbe dichas relaciones”.

#### E) Paternidad biológica con maternidad subrogada.

Los argumentos precedentes, a nuestro juicio contrarrestan suficientemente los desplegados por el INSS al denegar las prestaciones cuando media una maternidad por subrogación.

Adicionalmente, cuando quien reclama las prestaciones es el padre biológico de las neonatas aumentan las razones para acceder a ello. Porque, al margen de la nulidad del negocio sobre gestación (el “alquiler” del “vientre”) lo cierto es que estamos ante una realidad contemplada por la LGSS. Carece de sentido admitir la protección cuando nace un hijo fuera del matrimonio, o como consecuencia de una relación sexual esporádica, pero rechazarla en supuestos como el presente.

El art. 3.2 del RD 295/2009 contempla el fallecimiento de la madre biológica y, ante su ausencia y la supervivencia del menor, opta por transferir al padre (siendo compatible con el subsidio por paternidad) la prestación económica por maternidad. La renuncia que la madre biológica realiza a ejercer la patria potestad, al margen de la valoración jurídica que merezca, y su material ausencia del núcleo familiar ha conducido a que, de hecho, sea solo el Sr. ... quien está en condiciones de disfrutar el permiso por maternidad.

La misma solución se aplica al caso en que la madre sea trabajadora por cuenta propia y no tuviese derecho a prestaciones, por no hallarse incluida en el Régimen Especial de la Seguridad Social de Trabajadores por cuenta propia o Autónomos ni en una mutualidad de previsión social alternativa.

Es decir: la transferencia del derecho a prestaciones por maternidad en estos casos muestra a las claras la finalidad que se asigna a las mismas y concuerda con la interpretación analógica que se viene defendiendo, al no haber mediado conducta fraudulenta para obtener indebidamente prestaciones.

Porque en el presente caso lo cierto es que no apreciamos conducta fraudulenta alguna, abuso de derecho u obtención ilícita de prestaciones que pudiera alterar el resultado a que hemos accedido. Es evidente que pueden plantearse supuestos en que así ocurra y existe, como soporte fáctico de fondo, una gestación por subrogación: casos en que se pretenda una duplicidad de prestaciones; asuntos en los que exista un conflicto entre progenitores biológicos y subrogados; a través de los resortes de nuestro ordenamiento deberán resolverse con arreglo a Derecho. Pero nada de eso ha sido probado, ni siquiera alegado, en el presente supuesto.

Recalquemos que estamos ante un supuesto particularmente cualificado en tanto la situación fáctica creada con la cesión o renuncia de derechos por la madre y el abandono de sus obligaciones como tal sitúa al demandante en posición de progenitor único. Desde la perspectiva de facto no cabe duda de que las menores conviven con quien es y aparece como su progenitor mientras que la madre biológica (y única que aparece con tal título registral) permanece deliberadamente ajena a ese núcleo. Por tanto, la situación de necesidad que las prestaciones de maternidad desean afrontar es evidente que concurre: las menores nacidas por gestación con sustitución forman un núcleo familiar con su padre, que desea prestar los cuidados parentales apropiados, como cualquier otro progenitor.

#### Décimo. Resolución.

**A)** En apartados precedentes hemos manifestado la argumentación que avala la desestimación del recurso presentado por el INSS. Síntesis de todo ello es lo que sigue:

1. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y las SSTEDH 26 junio 2014 o 27 enero 2015 amparan el derecho a la inscripción de menores nacidos tras gestación por sustitución en ciertos casos pero no condicionan el derecho a la protección social. Además, el ordenamiento español posee cauces (adopción, investigación de la paternidad) para mitigar las consecuencias de la negativa a la inscripción registral.

2. De las diversas Directivas de la UE que influyen sobre el tema y de las SSTJUE de 18 marzo 2014 se desprende que la cuestión examinada es ajena a las mismas. No es discriminatorio (ni por razón de sexo, ni por discapacidad) rechazar el permiso por maternidad o las prestaciones asociadas en estos casos. Tampoco es exigible lo contrario desde la perspectiva de la seguridad y salud laborales. Tales conclusiones no impiden que el ordenamiento español abrace solución contraria, dado el carácter de norma mínima que poseen la Directivas.

3. La Sala Primera del Tribunal Supremo considera que las normas civiles españolas que declaran nulo el contrato de maternidad por subrogación impiden que pueda inscribirse como hijos de quienes han recurrido a esa técnica a los habidos en un tercer Estado, aunque exista resolución judicial (o equivalente) que así lo manifieste. Pero advierte que si los menores poseen relaciones familiares de facto Debe partirse de tal dato y permitir el desarrollo y la protección de esos vínculos.

4. La actual regulación legal (LGSS) y reglamentaria (RD 295/2009) omite la contemplación de estos supuestos pero no es tan cerrada como para impedir su interpretación en el sentido más favorable a los objetivos constitucionales de protección al menor, con independencia de su filiación, y de conciliación de vida familiar y laboral.

5. Existiendo una verdadera integración del menor en el núcleo familiar del padre subrogado, las prestaciones asociadas a la maternidad han de satisfacerse, salvo supuestos de fraude, previo cumplimiento de los requisitos generales de acceso a las mismas.

6. Cuando el solicitante de las prestaciones por maternidad, asociadas a una gestación por subrogación, es el padre biológico y registral de las menores existen poderosas razones adicionales para conceder aquéllas.

**B)** Todo lo anterior conduce a que, de acuerdo con el parecer del Ministerio Fiscal, consideremos ajustada a Derecho la doctrina sentada por la sentencia recurrida, desestimando el recurso interpuesto frente a la misma por la Administración de la Seguridad Social.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

1º) Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, representado y defendido por la Letrada Sra. Baró Pazos, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 15 de septiembre de 2015.

2º) Declarar la firmeza de la citada STSJ Cataluña de 15 de septiembre, que resuelve el recurso de suplicación nº 2299/2015, interpuesto frente a la sentencia dictada el 17 de diciembre de 2014 por el Juzgado de lo Social nº 2 de Mataró, en los autos nº 193/2014, seguidos a instancia de D. ...

3º) Declarar que no ha lugar a la imposición de costas, dado el tenor del art. 235.1 LGSS.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Jesús Gullón Rodríguez

Fernando Salinas Molina

María Milagros Calvo Ibarlucea

Luis Fernando de Castro Fernández

José Luis Gilolmo López

María Luisa Segoviano Astaburuaga

José Manuel López García de la Serrana    Rosa María Virolés Piñol  
Lourdes Arastey Sahún    Miguel Angel Luelmo Millán  
Antonio V. Sempere Navarro    Ángel Blasco Pellicer  
Sebastián Moralo Gallego    Jesús Souto Prieto  
Jordi Agustí Juliá

*VOTO PARTICULAR Que, de conformidad con lo establecido en el art. 260.2 de la Ley Organica, formula la MAGISTRADA EXCMA. SRA. D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> LOURDES ARASTEY SAHÚN a la sentencia dictada en el recurso de casacion nº 3818/2015.*

De conformidad con lo establecido en el artículo 260. 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso de casación número 187/2010 para sostener la posición que mantuve en la deliberación, acogiéndome de esta forma a lo dispuesto en los arts. 206.1 LOPJ y 203 LEC.

Comparto plenamente el criterio de fondo que conduce al fallo confirmatorio de la sentencia recurrida, pero, con la mayor consideración y respeto, discrepo de la consideración que ha llevado a la mayoría de la Sala a entrar en un pronunciamiento sobre el fondo ya que entiendo que la sentencia recurrida debió de confirmarse por inexistencia del requisito de la contradicción.

Mi discrepancia se limita, pues, a ese elemento previo de necesaria concurrencia para que la Sala entre a establecer la unificación doctrinal pretendida con el recurso.

Este Voto Particular se funda en las siguientes consideraciones jurídicas:

**PRIMERO. 1.** El objeto del conflicto gira en torno al reconocimiento o denegación del derecho a lucrar prestaciones de maternidad pedidas por un varón cuya paternidad de dos menores se acredita como filiación por naturaleza en el Registro civil consular español, junto a la de la madre. Consta asimismo como hecho probado que, con posterioridad al nacimiento de las niñas - y a su inscripción registral-, padre y madre pactaron que el padre ejercería con exclusividad todas las funciones y obligaciones derivadas de la patria potestad "debido a la imposibilidad" de la madre para ejercer su función.

El INSS rechazó el reconocimiento de la prestación sosteniendo que no concurre ninguna de las situaciones protegidas por el art. 133 bis de la LGSS.

Desestimada la demanda en la instancia, la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña acoge favorablemente el recurso de suplicación del actor y, estima la demanda reconociendo al actor el derecho a percibir la prestación de maternidad, así como el subsidio especial por cada hijo a partir del segundo durante el periodo de 6 semanas inmediatamente posteriores al parto con efectos del 31 de octubre de 2013.

Frente a la misma acude el INSS en casación para unificación de doctrina aportando, como sentencia contradictoria con la recurrida, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 13 de mayo de 2015, que desestima la pretensión de reconocimiento de la prestación de maternidad solicitada por una mujer que había acudido al condado de San Diego (EE.UU.) para concertar una gestación por sustitución de la que nacieron dos niños, inscritos en el Registro local. La Corte Superior de California declaró a la demandante única progenitora legal de los niños, atribuyéndole su custodia legal y física.

**2.** Basta la relación efectuada para que, a mi entender, quede palmaria la inexistencia de la contradicción necesaria para que por esta Sala IV del Tribunal Supremo se procediera a unificar doctrina.

Hay diferencias fácticas entre los supuestos comparados que resultan relevantes para construir tal doctrina. Así, mientras que en el caso de la sentencia de contraste estamos sin lugar a dudas ante un supuesto de maternidad subrogada o de gestación por sustitución, en que la dicha gestación ha sido llevada a cabo por una mujer que renuncia a la filiación tras el parto; en el caso que aquí se plantea no existe sustitución de la mujer gestante, sino que el varón concierne la gestación con una mujer, con la que, tras el parto y tras la inscripción como madre biológica

de los dos hijos nacidos, pactan que el varón asumirá, en exclusiva, “todas las funciones y obligaciones que se derivan de la patria potestad”, pudiendo instalarse con las menores donde quisiera.

Tales diferencias habrían de impedir, en mi opinión, que la Sala aceptara la concurrencia del requisito de la contradicción pues la construcción doctrinal por la que, en suma, se acoge la pretensión del demandante inicial no se asienta sobre la misma ratio decidendi de aquélla que nos hubiera llevado, en su caso, a acoger también la petición de la demandante del caso de la sentencia de contraste.

**SEGUNDO. 1.** Uno de los elementos sobre los que se asienta el juicio de contradicción se halla en la exigencia de que las sentencias comparadas resuelvan controversias en las que concurra identidad sustancial en los hechos, teniendo en cuenta, claro está, que sólo tienen incidencia los hechos relevantes o trascendentes para la solución judicial.

Como he indicado, los hechos de los dos casos comparados no presentan identidad, más allá de tratarse de pretensiones de prestación de maternidad por quienes no tienen la condición de madre biológica o adoptiva; resultando intrascendente el que la respuesta del INSS sea la misma, pues la Entidad Gestora se limita a denegar en todo caso la prestación con el argumento genérico de que la legislación española no contempla la situación como protegida, sin matizar entre las dos situaciones. Al respecto me parece necesario poner de relieve que, en todo caso, la comparación de las sentencia a efectos de la contradicción no podría construirse simplemente sobre el argumento dado en la resolución administrativa, máxime cuando, como en este caso, la Entidad Gestora utiliza la misma denegación estandarizada y no tiene en cuenta las particulares circunstancias del caso.

**2.** Ocurre, además, que tampoco el debate jurídico es idéntico; y ello precisamente como consecuencia de aquella divergencia fáctica. Pese a lo que se señala en la sentencia de la mayoría, entiendo que en el caso presente no cabe hablar de subrogación en la maternidad - sustitución de una madre biológica por otra comitente-, sino de atribución exclusiva de la patria potestad al padre por renuncia expresa de la madre. Por otra parte, si bien en ambos casos hay inscripción en el Registro Civil, es evidente que sólo en el caso de la sentencia de contraste se da la circunstancia de que quien aparece como madre no es la mujer que ha dado a luz (gestante subrogante), sino la madre subrogada.

Resulta aquí totalmente irrelevante el proceso de fecundación que siguieron los padres de las menores; lo decisivo es que el padre reconoció su paternidad junto a la filiación materna determinada por el parto y, a continuación, la madre llevó a cabo un acto expresivo de su voluntad de abandono de las niñas.

**3.** Por eso de lo que se trataba ahora era de determinar si en tal situación, de dejación o abandono, en que es el varón el que se queda en solitario con la asunción de todas las obligaciones paterno-filiales, cabe entender que se produce una circunstancia análoga a la de muerte de la madre o ésta carezca del derecho a prestaciones (arts. 48.4 ET y 3 del RD 295/2009). Y así lo entendió también la Sala de suplicación del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que precisamente pone de relieve que estamos ante un caso en que la paternidad está aceptada por ambos progenitores y entiende que la prestación de maternidad no puede negarse al padre al estar vinculada al derecho a la conciliación de la vida laboral y familiar y debe regirse por el principio de igualdad entre hombres y mujeres.

Por ello, sostuve en la deliberación que el recurso debía de haberse inadmitido el recurso por falta de contradicción pues entrar en el debate de fondo nos obligaba a construir una doctrina específica para este tipo de situaciones, ajenas al debate sobre la cuestión de la maternidad subrogada y su tratamiento en la legislación y jurisprudencia civilista española. En mi opinión al demandante debía reconocérsele el derecho a la prestación, tal y como ya hace la sentencia recurrida, precisamente por los argumentos que acabo de indicar: se trata del progenitor, cuya filiación legal es indiscutida, que aparece como único sustento y custodio de las niñas, en la misma situación que se daría en caso de fallecimiento de la madre y, en todo caso, no existiendo la figura de una madre que asuma sus obligaciones como tal. De ahí que mi discrepancia con la mayoría proviene de la equiparación que la Sala hace con el caso resuelto en el mismo Pleno de la Sala (rcud. 3146/2014) - en que se contempla un supuesto igual al de la sentencia que aquí se ofrecía de contraste-.

Con el debido respeto a la Sala, entiendo que la doctrina que transmite el criterio mayoritario conduce a la conclusión de que los supuestos son análogos, cuando, a mi entender, ambos merecían una respuesta favorable para los solicitantes de la prestación, mas por argumentos jurídicos distintos.

Por ello, el recurso debió ser inadmitido por falta de contradicción, declarando la firmeza de la sentencia de la Sala catalana que reconocía la prestación al demandante.

En Madrid a 25 de octubre de 2016.

*VOTO PARTICULAR CONCURRENTE Que formula el MAGISTRADO EXCMO. SR. D. LUIS FERNANDO DE CASTRO FERNÁNDEZ, y al que se adhiere el MAGISTRADO EXCMO. SR. D. JOSÉ LUIS GILOLMO LÓPEZ, a la sentencia dictada en el recurso de casación nº 3818/2015.*

Haciendo uso de la facultad conferida por el art. 260.2 LOPJ, formulo voto particular concordante a la sentencia dictada en el recurso de casación 2626/2014, por discrepar -con el mayor respeto y toda consideración- del criterio adoptado por la mayoría de la Sala, al entender que si bien procede el reconocimiento de las prestaciones de maternidad al reclamante Sr. ..., sin embargo ello no puede basarse en el título expresamente invocado [el contrato de «maternidad subrogada» y la renuncia de la madre a la patria potestad], sino que exclusivamente ha de derivarse de su cualidad biológica de padre y de la situación fáctica en la que se encuentran las menores. Discordancia que paso a indicar siguiendo al efecto -y por su orden- las propias argumentaciones efectuadas en el texto que rechazo.

**Primero.** *Cuestión previa: la existencia de contradicción.*

La precedente exposición de mi discrepancia bien pudiera llevar a entender que la presente sentencia no es contradictoria con la decisión de contraste [STSJ País Vasco 13/05/15 rec. 749/14], habida cuenta de que en este último caso se trata de mujer a la que sin aportar material genético le fue atribuida la cualidad de progenitora única por la Corte Superior de California, en razón al contrato de «maternidad subrogada» que había suscrito con la madre biológica; de manera que, si en esta decisión referencial se le niega el derecho, por nulidad del contrato de subrogación, el hecho de que en la recurrida se le pueda reconocer al reclamante pero como padre biológico, excluiría -en principio- la necesaria contradicción, en tanto que la diversa respuesta final ofrecida en ambos casos contrastados sería -también en los dos supuestos- ajustada a derecho.

Sin embargo ha de tenerse en cuenta: a) que esa consideración del actor como padre biológico de las dos menores -producto del contrato- no es la que ha regido el debate, ni en el trámite previo administrativo ni en la vía judicial, sino que tanto la razón de pedir las prestaciones por el reclamante, como de su denegación por la Entidad Gestora, y de su reconocimiento por la decisión recurrida, así como del recurso de casación, han girado en torno a la eficacia jurídica -negada y afirmada, según por quién- del contrato de «maternidad por subrogación»; b) que sólo una flexible interpretación de la «causa petendi», en la que -entiendo- ha de prescindirse del título expresamente invocado por el demandante [el referido contrato de gestación] y debe atenderse exclusivamente a un dato biológico [paternidad genética], permite -como en su momento expondré- justificar la decisión estimatoria de la demanda; y c) que de esta manera, si es inequívoca la contradicción en el plano formal de los componentes objetivos de la pretensión [razón de pedir], la circunstancia de que la indicada consideración flexible de esa «causa petendi» permita -finalmente- llegar a una solución en la que materialmente no media la contradicción, entiendo que razonablemente no debe excluir que se entienda concurrente el presupuesto de contradicción, por ser innegable en el planteamiento y desarrollo -hasta esta sentencia- del proceso.

**Segundo.** *El prevalente interés del menor en la doctrina del TEDH.*

1. Sostiene el texto mayoritario que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos [Sentencias de 24/06/2014, asunto «Menesson»; 26/06/2014, asunto «Labassee»; y 27/01/2015, asunto «Paradiso y Campanelli»] significa «un elemento hermenéutico significativo» a los efectos de que tratamos. No puedo sino coincidir con ello, pero siempre teniendo en cuenta que las afirmaciones que sobre el «interés del menor» formula el TEDH lo hace instrumentalmente para condenar la imposibilidad -tanto en la legislación francesa como en la italiana- del reconocimiento de paternidad biológica o del establecimiento de vínculo de filiación por adopción o acogimiento, incluso para el padre biológico que lo haya sido a través de «maternidad subrogada». Porque tanto Francia como Italia no sólo prohíben la «gestación por encargo», sino que llegando más lejos impiden también -por

considerarlos un fraude- que pueda burlarse la prohibición a través de la adopción o incluso el reconocimiento de paternidad biológica; que es precisamente lo que provoca la censura del TEDH.

2. Pero nada de esto ocurre en España, pues en criterio de la Sala 1ª TS [Sentencia -Pleno- 06/02/14 rec. 245/12; y Auto -Pleno- de 021/02/15 rec. 245/12], cuya doctrina que hemos de seguir en tanto que genuina intérprete en la materia [estado civil de las personas], es precisamente la existencia de tal posibilidad en la legislación española [reconocimiento de filiación biológica; adopción; acogimiento], la que le lleva excluir -a juicio de la Sala 1ª- que se utilice como argumento el «interés del menor»; si quieren protegerlo -sostiene la Sala- que los «padres por subrogación» lo hagan a través de los accesibles cauces que la Ley ofrece [reconocimiento de filiación; adopción; y acogimiento]; y no violentando la Ley y el orden público español.

Porque -no nos llamemos a engaño- lo que está en juego en las presentes actuaciones no es tanto el «interés del menor», cuanto el «status» de «padres» a los subrogantes en la gestación subrogada tradicional [otra cosa habría de afirmarse sobre la subrogación «gestacional»]. El actor -en el caso de autos- podría obtener el reconocimiento de su derecho y la protección del «interés del menor», invocando el reconocimiento de su paternidad biológica, que la tiene; pero no lo hace, porque lo que pretende con el planteamiento del debate -a lo que se ve- no es prioritariamente defender el interés de las menores que se puede satisfacer por vía alternativa, sino que más bien se reclama -y este es el debate- que a los comitentes de la subrogación se les reconozca, pese a estar prohibida la figura en el derecho español, la cualidad y los derechos de padres biológicos.

3. Sentado ello, coincido plenamente en la conveniencia de que el progenitor de las menores -el Sr. ..., padre biológico de ellas- «pueda estar a su cuidado al amparo de la situación protegida por la Seguridad Social», tal como pretenderé justificar en la parte final de este voto particular, pero ese derecho debiera haberse hecho valer -en la pretensión y en la sentencia- no como padre comitente en «maternidad por subrogación», sino exclusivamente como como padre biológico, para así -automáticamente- tener derecho a las prestaciones por paternidad y también -en el caso, dadas las circunstancias de hecho- a las de maternidad, que son las ahora reclamadas. Y si -contrariamente al caso- no hubiese sido su progenitor genético, siempre podría haber acudido a la adopción o al acogimiento, como argumenta la Sala 1ª del TS en las decisiones referidas.

### **Tercero.** *Listado de situaciones protegidas parcialmente abierto.*

Se afirma en el texto de aprobación mayoritaria que «la maternidad por subrogación, como su propio nombre indica, puede abordarse como una especie o subtipo reconducible a la categoría general», y que «la relativa apertura del elenco de supuestos protegidos [por el RD 295/09, de 6/Marzo], permite cierta flexibilidad interpretativa que antes no existía».

Por fuerza he de discrepar de este planteamiento, de un lado porque parte de una petición de principio con la que no puedo estar de acuerdo, la identificación en la naturaleza jurídica, porque la misma no depende del nombre que se atribuya a la figura, sino de las consecuencias -efectos jurídicos- que a ellas les otorgue el legislador. Y en cuanto a la tentación de hacer una interpretación extensiva, hay que recordar que con carácter general la misma se ha excluido en materia de Seguridad Social, pues el principio de legalidad no permite otra interpretación que la literal, sin perjuicio de situaciones excepcionales. Así, por ejemplo, lo hemos afirmado para las cotizaciones computables [SSTS 02/02/04 -rcud 4806/02-; 13/11/07 -rcud 3424/06-; y 16/04/12 -rcud 2530/11-]; y aunque en algunos supuestos se ha admitido una cierta interpretación extensiva, como es el caso de la mejora establecida para la jubilación anticipada forzosa prevista en al DA de Ley 40/2007 [SSTS 05/05/10 -rcud 3695/09-; ...; 18/07/11 -rcud 4265/10-; y 30/04/12 -rcud 2905/11-], sin embargo ello se hizo por sólidas razones de interpretación histórica y finalista, que aquí brillan por su ausencia.

Más en concreto, no hay que olvidar que tal posibilidad - analogía/interpretación extensiva- ya sido expresamente rechazada por la Sala justamente en la concreta materia debatida -prestaciones por maternidad- en las SSTS 05/05/03 -rcud 2497/02-; 24/06/04 -rcud 4504/03-; y 27/02/07 -rcud 4750/05-, que rehusaron expresamente no ya la analogía, sino incluso la interpretación extensiva a los supuestos no contemplados -entonces- de acogimiento y adopción múltiple, basándose en que «... es imposible aceptar una interpretación extensiva ... [pues ] no se trata de una omisión involuntaria de la referida regulación... [habida cuenta de la ] necesidad de que también la jurisprudencia se acomode a aquella voluntad legislativa sin extenderla más allá de sus previsiones, en atención al principio de legalidad de obligado respeto -art. 125 CE-».

#### Cuarto. *Inviabile aplicación analógica.*

1. De otra parte, se diga o no en el texto mayoritariamente aprobado, se quiera o no, lo cierto es que la aplicación del art. 113 bis LGSS/94 [art. 177 LGSS/15] a la «maternidad por subrogación» únicamente sería factible -desde el momento en que no está expresamente contemplada en la norma- por excepcional vía analógica. Y la imposibilidad de tal aplicación se justifica con argumentos que paso a exponer.

2. No existe laguna que llenar, porque se trata de un supuesto ilegal., pues la analogía de que trata el art. 4 CC presupone la existencia de una laguna -de Ley o de Derecho- y ésta en sentido propio solamente «se produce por la ausencia de reglas jurídicas directamente aplicables al caso en una estructura jurídica que, sin embargo, considera relevante este caso y debe darle respuesta adecuada»; o lo que es igual, comporta «una patología por deficiencia» de la Ley. Imperfección ésta que en el caso de la «gestación de sustitución» no existe, porque no es sólo que el legislador no la hubiese considerado «relevante» a los efectos de su protección jurídica, sino que incluso la ha situado fuera de la legalidad y no acreedora de amparo normativo alguno, siendo así que el art. 10 de la Ley 14/2006 [26/Mayo], sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, reproduciendo el precedente de la Ley 35/1998, dispone con rotundidad que «1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales».

3. De otra parte, coincide la más autorizada doctrina en sostener que el núcleo central del razonamiento por analogía se halla en la relación de semejanza entre dos términos y que es precisamente de ella -de la semejanza- de la que ha de deducirse una cierta consecuencia. Y al decir de los autores, esa razón de semejanza viene determinada por la ratio decidendi o legis, que es la finalidad que busca la ley al regular de una determinada forma un concreto supuesto de hecho. Identidad de razón que no alcanzo a vislumbrar comparando la «maternidad subrogada» y los supuestos que el citado art. 37.4 ET regula [acogimiento; adopción], pues si bien hay una aproximación en su naturaleza, en tanto que mecanismos orientados a la sustitución de la maternidad natural, en todo caso difieren en un punto básico, cual es -como más arriba destaqué- que los contemplados por la norma estatutaria son supuestos de instituciones jurídicas que el legislador considera deben ser protegidas por el Derecho, y precisamente ese merecido respeto justifica su detallada regulación y la atribución de determinados derechos [entre otros, las prestaciones que son objeto de reclamación en la presente litis], en tanto que la «gestación subrogada» obedece a un contrato privado al que el legislador nacional ni tan siquiera atribuye legitimidad; antes al contrario, la prohíbe en tanto que contrario a nuestro orden público.

Y tampoco deja de excluir la semejanza el hecho de que las situaciones expresamente protegidas por la ley [adopción y acogimiento] están dotados de una oficialidad -intervención de las autoridades administrativas y judiciales- que comporta toda clase de garantías para los intereses en juego [tanto de la madre biológica como del menor]; esencial característica de oficialidad -con su correlativo marchamo de seguridad jurídica- que está ausente en un contrato privado, y cuya carencia no subsana el hecho de que a posteriori un Tribunal extranjero -en su caso- pueda confirmar la eficacia del negocio jurídico que las partes han suscrito sin intervención oficial ni garantía algunas; con independencia, insisto, del desajuste de tal negocio con nuestros principios jurídicos más elementales en orden a la tutela de la personalidad y dignidad humanas.

4. Como colofón he de indicar, en esta misma línea argumental, que la propia consideración de atentado al orden público excluye por sí misma toda consecuencia jurídica que pretenda derivarse de su asimilación a otras categorías jurídicas que nuestro Derecho protege. Si aquella cualidad negativa excluye su inscripción en el Registro Civil, en igual forma repele que del acto ilegal pueda derivarse el nacimiento de derechos anudados a situaciones legítimas, sin que la pretensión pueda pretender amparo en los superiores intereses del menor, pues - como se ha visto- los mismos pueden encontrar plena satisfacción en los medios que señala la STS 06/Febrero/2014 (rec. 245/2013) y que son, precisamente, aquellos a los que pretende asimilarse -identidad de razón- el supuesto objeto de debate, para obtener el mismo resultado en orden al permiso retribuido que se reclama. Pues la «aplicación del principio de la consideración primordial del interés superior del menor ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma. No hacerlo así podría llevar a

la desvinculación del juez respecto del sistema de fuentes, que es contraria al principio de sujeción al imperio de la ley que establece el art. 117.1 de la Constitución. Hay cambios en el ordenamiento jurídico que, de ser procedentes, debe realizar el parlamento como depositario de la soberanía nacional, con un adecuado debate social y legislativo, sin que el juez pueda ni deba suplirlo» (citada STS -Pleno- 06/02/14, FJ 6).

Con estas palabras, que suscribo en su integridad y que a mi juicio son aplicables al criterio mayoritario de que discrepo, la Sala Primera proscribire interpretaciones axiológicas que -como la expresión indica- atienden más a un sistema de valores que a la propia legalidad formal, acudiéndose a una «sobreinterpretación» que -según se dice en doctrina- «aumenta el margen de discrecionalidad judicial a través del uso extensivo de la ponderación», y con ello socava el imperio de la ley y el equilibrio del sistema. Y aunque ciertamente pueda ser probable que la materia de que tratamos -«maternidad subrogada»- haya de ser reformada y sea posible que se llegue a la revisión de su radical prohibición, de todas formas ésta es una cuestión que ha de ser abordada exclusivamente por el legislador, pero nunca -como señala autorizada doctrina- mediante «ocurrencias coyunturales e irreflexivas de incierto futuro» [Instrucciones de la DGRN] o a través de interpretaciones judiciales -es un parecer que emito con el mayor respeto- que a mi juicio desbordan la ponderada y discrecional aplicación de la ley.

5. Por último, es cierto que la norma reguladora de la prestación de Seguridad Social demandada expresamente alude a la asimilación de «... aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras ..», pero no lo es menos que a renglón seguido se condiciona tal equiparación a que su «... finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y el acogimiento preadoptivo, permanente o simple ...», y la mera lectura de la regulación legal y los fines de estas figuras descartan radicalmente su asimilación con la que ahora nos ocupa, tal como se desprende no sólo de las consideraciones precedentes y alusivas al orden público español, sino también de las que posteriormente haré en orden al componente sociológico.

#### **Quinto. Protección a un estado de necesidad real.**

Sostiene la sentencia aprobada que «para el TEDH uno de los puntos relevantes a considerar es el referido a la vida privada de los menores que están integrados en una unidad familiar, bien que sea como consecuencia de una «gestación subrogada» que las leyes nacionales proscriben. Esa dimensión se recalca todavía más cuando uno de los miembros de la unidad familiar es quien engendró el niño». Ciertamente es así, pero la afirmación sólo cobra su real sentido si se contempla el marco normativo en que se realiza -la legislación francesa e italiana, que no sólo prohíben la «gestación por encargo», sino el reconocimiento del hijo por parte del padre biológico comitente [el que portó el material genético] y su posible adopción por los comitentes [los que encargaron la «sustitución en la gestación»]; obviamente -supongo- para evitar el fraude de ley. Y siendo esto sí, que el padre biológico ni tan siquiera puede reconocer a su hijo biológico o adoptarlo, bien se comprende que el TEDH proscriba el desamparo del menor.

Pero éste no es el caso de España, pues el comitente -padre biológico- puede reconocer como hijo al fruto del contrato de subrogación; y la comitente -no aportante genética- puede adoptarlo; de manera que el desamparo del menor únicamente se produce porque los comitentes no quieren acudir al expediente que el legislador les pone a su alcance para proteger al niño, sino que lo que pretenden -como es el caso- es que se les reconozca su estatus de padres por el exclusivo hecho de una «gestación por subrogación» que está prohibida en nuestro país.

Por ello discrepo de la afirmación que se hace en la sentencia aprobada, sosteniendo que «cuando el padre (biológico, tras maternidad subrogada) es el único de los progenitores que materialmente está al cuidado de los menores, la única forma de atender la situación de necesidad consiste en permitirle el acceso a las prestaciones». La afirmación sería cierta si se completa el texto añadiendo la precisión de tal acceso a las prestaciones, habría de hacerse como tal padre biológico -no como comitente en un contrato de «gestación por encargo»- tras reconocerle como hijo biológico suyo; prestaciones accesibles a la otra parte comitente, si media adopción [no hay que olvidar que las posibilidades de adopción alcanzan también a las parejas de hecho homosexuales, ya implícitamente con la Ley 13/2005, de 1/Julio; y más claramente desde la Ley 26/2015, de 28/Julio, que extiende la viabilidad a los supuestos de ruptura].

#### **Sexto. Interpretación constitucional.**

1. En este apartado, la sentencia parte de dos consideraciones de índole diversa: a) de un lado, la necesidad de armonizar del modo más coherente posible magnitudes “heterogéneas” [la nulidad del contrato de “maternidad subrogada» en la LRHA y la protección de la maternidad/paternidad en la LGSS]; y b) de otro, que el «ordenamiento laboral no es ajeno al reconocimiento de efectos en casos de negocios jurídicos afectados de nulidad».

2. Sobre la primera consideración entiendo todo lo contrario, pues me resulta por completo ajeno a la armonía del Derecho que una situación que el legislador -y la sociedad- consideran benéfica y digna de protección [maternidad; adopción; acogimiento], sea interpretada de manera forzada para dar cabida en ella a otra situación que para el legislador -e incluso para gran parte de la sociedad- merece reproche jurídico y/o moral. Con ello, entiendo -con el mayor respeto a la opinión contraria- que no se interpreta armónicamente el Derecho, sino que en la práctica viene a defraudarse. Sin que en apoyo de tal solución sea eficazmente invocable el interés del menor, porque ya se ha visto que el mismo puede ser protegido -como insisten la STS 1ª 06/02/15 y el Auto 02/02/15 [rec. 245/12]- a través del reconocimiento de paternidad, acogimiento y adopción. Pero -realmente- lo que aquí se pretende por el reclamante, repito, no es proteger aquel interés, sino dar oficial carta de naturaleza y efectos jurídicos plenos a la «gestación por subrogación».

Aparte de que no creo que constituya armónica interpretación de las leyes el dar protección prestacional a una situación a la que el legislador niega validez jurídica y para la que -en obligada consecuencia- la jurisprudencia rechaza su acceso al Registro Civil por ser contraria al orden público.

3. Sobre la segunda consideración [efectos de la nulidad], se imponen dos precisiones: a) que no es lo mismo -ni por ello puede darse el mismo tratamiento jurídico- un acto nulo [género] que un acto contrario a las leyes [especie]: todos los actos contrarios a la ley son nulos, pero no todos los actos nulos son contrarios a las leyes; y b) que los efectos de los actos laborales contrarios a las leyes únicamente pretenden paliar los perjuicios causados a una de las partes y/o terceros, y en tanto que el daño no se pueda resarcir sino a través de esos limitados efectos que la ley le atribuye. Así, por ejemplo, el contrato de trabajo nulo no comporta la privación del salario [art. 9 ET], lo cual es de elemental justicia, pero por supuesto que invalida la eficacia de la relación de Seguridad Social, siquiera mantenga la obligación cotizatoria....

Y en concreto, tratándose de “maternidad subrogada», la nulidad del contrato no impide ni afecta -al menos en España- al posible reconocimiento de la filiación biológica, al acogimiento o a la adopción; y por tales medios puede obtenerse perfectamente la protección del menor, si es que es eso lo que se pretende [que no parece ser este el caso].

#### **SÉPTIMO.** *Consideraciones sociológicas.*

1. Asimismo discrepo de que el elemento interpretativo de la «realidad social» pueda servir de apoyo a la pretensión de autos, de reconocimiento de prestaciones de maternidad por la vía de la cuestionada «maternidad por subrogación», tal como se sostiene -siquiera como refuerzo parcial- en la sentencia de que discrepo, pues si bien es notoria la existencia de un colectivo que defiende e incluso acomete tal actuación en el extranjero, pese a estar -o precisamente por estar- prohibida en nuestro país, con lo que no puede negarse una cierta conciencia social favorable a tal tipo de prácticas, no lo es menos que hay una colectividad no menos amplia que con toda energía la rechaza, por considerar -como señala la doctrina- que comporta la «comercialización del embarazo» e implica la consideración del recién nacido como «algo cercano a un objeto, que además estaría dentro del comercio, conclusión que es absolutamente atentatoria y contraria al respeto a la dignidad humana, como lo es igualmente permitir el alquiler del cuerpo humano, el de la madre gestante».

2. De otra parte, en ese mismo tratamiento del componente sociológico como elemento hermenéutico [art. 3.1 CC], entiendo que tampoco pueden ser de inocua consideración -por ser de común dominio- tanto los elevados costes económicos de la «maternidad subrogada» cuanto los habituales importes que corresponden a las gestantes, así como la procedencia geográfica de éstas y de los comitentes, hasta el punto de que ello ha llevado a algunos autores a sostener que con la admisión del fenómeno se permite la instrumentalización de los más débiles en favor de los económicamente poderosos. Y para mí este dato, en ausencia de específica prescripción legal sobre el derecho reclamado [prestaciones por «gestación por encargo»], no solamente no es neutro, sino que ofrece relevante trascendencia que también me induce a la negación del derecho que se reclama.

**Octavo. Incidencia de la paternidad biológica en la «maternidad subrogada».**

1. Finalmente también he de mostrar mi disconformidad con el argumento que la sentencia hace respecto de que «[a]dicionalmente, cuando quien reclama las prestaciones es el padre biológico de las neonatas aumentan las razones para acceder a ellos». En mi opinión, si las prestaciones se reclaman - como es el caso- invocando el título de la «gestación subrogada», más bien debe afirmarse lo contrario, pues tratándose del padre biológico se pone claramente de manifiesto que los términos de su reclamación se formulan con el claro ánimo de defraudar la ley, pues teniendo en su mano el título habilitante para las prestaciones [su cualidad de padre biológico y reconocimiento de la filiación], opta por intentar basarse en un título prohibido por el legislador, la «gestación subrogada», para así burlar de facto la proscripción legal.

2. De todas formas no debe perderse de vista que el principio de la realidad biológica tiene apoyo constitucional [art. 39. 2 CE] e inspira la regulación civil de la filiación [así, por ejemplo, SSTS -1ª- 15/07/16 -rec. 1290/15-; 12/05/15 -rec. 72/14-; y 11/12/08 -rec. 1763/04-], de manera que no parece razonable prescindir -en la decisión del caso debatido- del incuestionado hecho de que el Sr. ... es el padre biológico de las niñas nacidas de la gestación pactada, hasta el punto de que si bien su reclamación pivota formalmente sobre la pretendida eficacia de la «maternidad por subrogación», ello no debe ser obstáculo para su reclamación cuando la misma puede corresponderle por otro título -paternidad biológica- ya afirmado en el expediente administrativo e incuestionado por el INSS.

3. Ciertamente que es doctrina consolidada la de que el juicio sobre la congruencia de la resolución judicial comporta la confrontación entre su parte dispositiva [«dictum»], el objeto del proceso [delimitado, a su vez, por los elementos subjetivos del proceso, las partes; y por los elementos objetivos, la causa de pedir, entendida ésta como el hecho o conjunto de hechos que producen efectos jurídicos y resultan esenciales para el logro de la concreta reclamación] y la pretensión solicitada [«petitum»]. Y en este juicio de congruencia, la más reciente jurisprudencia destaca que «la congruencia no se mide en relación con los razonamientos o con la argumentación, sino poniendo en relación lo pretendido en la demanda con la parte dispositiva de la sentencia» y que «esta labor de contraste o comparación no requiere que se realice de un modo estricto, esto es, que se constate una exactitud literal o rígida en la relación establecida, sino que se faculta para que se realice con cierto grado de flexibilidad, bastando que se dé la racionalidad y la lógica jurídica necesarias así como una adecuación sustancial y no absoluta ante lo pedido y lo concedido; de tal modo que se decide sobre el mismo objeto, concediéndolo o denegándolo, en todo o en parte» (por todas, SSTS -Sala 1ª- 19/09/14 rec 1189/12; 17/02/15 rec 1893/13; y 16/04/16 rec. 1091/15).

Lo que en el caso examinado supone, a mi entender, que si bien el derecho reclamado por el Sr. ... - prestaciones de maternidad- ha de rechazársele por el expreso título que invoca [«gestación subrogada»] y que ha sido el objeto de debate, argumentación y decisión en el Juzgado de lo Social, en el Tribunal Superior de Justicia y en la propia Sala, de todas formas bien pudiera reconocérsele exclusivamente en base al dato indubitado de ser padre biológico, como sostiene en ya en su inicial solicitud, en la reclamación previa [«...siendo quien suscribe el padre genético y los óvulos ... de una gestante por subrogación»]; dato éste - paternidad biológica- que invoca la sentencia mayoritariamente aprobada como simple elemento coadyuvante en la estimativa de la pretensión, pero que a mi entender es el único soporte de ella; en los términos que paso a exponer.

**Noveno. La validez de la inscripción en el Registro Consular como posible cuestión prejudicial.**

Sobre este aspecto he de comenzar destacando que la posición del INSS, denegando el derecho por considerar absolutamente ineficaz -a efectos prestacionales- la «maternidad subrogada», induce a pensar que implícitamente se plantea como cuestión prejudicial civil la validez de la filiación que figura en el Registro Civil del Consulado de España en Nueva Delhi, lo que obligaría al examen de tal cuestión conforme al art. 4.2 LJS. Y al respecto habría de indicarse -de acuerdo a la doctrina sentada por la STS 06/02/14 rec. 245/12, FJ Tercero- que si bien la filiación que accede al Registro Civil «es la consecuencia directa y principal del contrato de gestación por sustitución», la misma resultaría «frontalmente contraria a la prevista en el art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida y, como tal, incompatible con el orden público», porque no «puede admitirse la disociación entre el contrato y la filiación» pretendida, y porque la LRHA «no se limita a proclamar la nulidad de

pleno derecho del contrato de gestación», sino que «también prevé cuál debe ser el régimen de la filiación del niño que sea dado a luz como consecuencia de dicho contrato: la filiación materna quedará determinada por el parto y se prevé la posibilidad de ejercicio de la acción de paternidad respecto del padre biológico».

Ahora bien, cuando el Sr. ... accede al Registro Consular lo hace con un doble título: el de padre biológico, eficaz a todos los efectos y por lo tanto como base de un posible permiso de paternidad; y el de padre comitente, que es el que argumenta respecto del específico permiso de maternidad que reclama en este procedimiento, afirmando que «es el único progenitor jurídico de las menores, al haberse autorizado por la madre biológica la renuncia a "toda relación materno-filial con las menores, otorgándole de forma inmediata, completa, exclusiva y permanente, la patria potestad y la guardia y custodia de las hijas, tal como viene recogido en la documentación adjunta a la presente reclamación previa». De esta forma, la cuestión debatida se desplaza -obviamente- de la validez de la filiación a la de la eficacia del contrato de gestación y a la renuncia en él contenida.

**2. La nulidad de la renuncia de derechos por la madre gestante.-** Sobre la eficacia del contrato de gestación ya realicé las oportunas consideraciones; y sobre la validez de la renuncia he de decir que no me parece dudoso que haya de calificarse -también- afecta de nulidad de pleno derecho, precisamente por contrariar el orden público español, tanto al derivar de un contrato -el de maternidad por sustitución- que es nulo conforme a nuestra interna legislación, cuanto por afectar a un derecho/deber indisponible y por lo mismo irrenunciable [la patria potestad], en términos directamente aplicables a las menores de autos, en tanto que españolas por filiación [art. 17.1.a) CC].

Lo indicado comporta que no pueda atribuirse eficacia jurídica alguna al documento que el reclamante aduce [el contrato de gestación y la renuncia a la patria potestad], pero sin embargo evidencia la insatisfactoria situación que de hecho se produce. Y en este aspecto hago más las acertadas consideraciones que hace la sentencia aprobada, al decir -FJ Noveno, in fine - que «estamos ante un supuesto particularmente cualificado en tanto la situación fáctica creada con la cesión o renuncia de derechos por la madre y el abandono de sus obligaciones como tal sitúa al demandante en posición de progenitor único. Desde la perspectiva de facto no cabe duda de que las menores conviven con quien es y aparece como su progenitor mientras que la madre biológica ... permanece deliberadamente ajena a ese núcleo. Por tanto, la situación de necesidad que las prestaciones de maternidad desean afrontar es evidente que concurre: las menores nacidas por gestación con sustitución forman un núcleo familiar con su padre, que desea prestar los cuidados parentales apropiados, como cualquier otro progenitor».

Asimismo, en tal contexto acepto igualmente -en este caso sí- la aplicación analógica del art. 3 del RD 295/2009 [6/Marzo], que transfiere al padre las prestaciones económicas por maternidad en los supuestos de que la madre hubiese fallecido o carezca de derecho a las prestaciones. Pues aunque desde la perspectiva del titular del derecho en manera alguna pueda afirmarse la semejanza entre los supuestos, ya que no son equiparables las situaciones legales descritas [fallecimiento de la madre; o su inexistente derecho a prestaciones] con la que es propia de autos [renuncia inválida a la patria potestad], lo cierto es que la situación que de hecho se ha producido para las menores, por hallarse la madre en India y el padre en España, no deja de ser para ellas una realidad -ausencia total de cuidado materno- similar al fallecimiento de su madre biológica y por lo mismo, a lo que entiendo, asimilable a los efectos prestacionales pretendidos, siendo así que si bien la situación no me parece ajena al fraude de ley en el plano subjetivo del reclamante, lo que implicaría la respuesta negatoria que se corresponde con el título que se invoca -renuncia a la patria potestad-, no es menos cierto que el interés del menor en el que tanto insiste la sentencia de que discrepo -con base en la doctrina ya citada del TEDH- no tiene en este caso posible medida legal alguna - alternativa al derecho que se reclama- con la que atender la situación de desprotección que las referidas prestaciones intentan paliar y a las que se refiere la Sala Primera en las resoluciones atinentes al caso [la adopción -nacional o internacional, según el caso- y la reclamación de la filiación]. Y con ello se llega a solución diversa a la que más arriba he argumentado en orden a justificar la general ineficacia -para obtener prestaciones- de la «maternidad subrogada», y en apoyo de esta segunda -y diversa- solución se puede decir -con el ATS 02/02/15 -rec. 245/12, siquiera con finalidad diversa- que «[n]o debe confundirse la defensa de los derechos e intereses legítimos de los adultos (como son los ligados al contrato de una gestación subrogada..., al que pretenden se dé plena eficacia en España pese a las previsiones de la legislación nacional) con los derechos de los menores que han nacido de esa gestación subrogada, porque no son necesariamente coincidentes».

Madrid a 25 de octubre de 2016

*VOTO PARTICULAR que formula el MAGISTRADO EXCMO. SR. D. JOSÉ MANUEL LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA, y al que se adhieren los MAGISTRADOS EXCMA. SRA. DOÑA MILAGROS CALVO IBARLUCEA y EXCMO. SR. D. JESÚS SOUTO PRIETO, de conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con la sentencia dictada en el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina nº 3818/2015*

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso de casación para unificación de doctrina nº 3818/2015, en el que expreso con total respeto, mi discrepancia respecto del criterio que mantiene la postura mayoritaria de la Sala al resolver las cuestiones que se suscitan en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, sosteniendo la posición contraria al fallo que mantuve en la deliberación.

**PRIMERO.** Me adhiero al voto particular que a la sentencia dictada en este recurso ha formulado mi compañero el Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernández y hago míos en aras a la brevedad los argumentos que el mismo da en los apartados SEGUNDO (salvo el nº 3), TERCERO, CUARTO, QUINTO, SEXTO Y SÉPTIMO del mismo. Pero discrepo de los demás y, especialmente, de las consideraciones finales que hace para acabar validando un pronunciamiento que creo que no es correcto porque la sentencia de la mayoría incurre en incongruencia al no abordar y resolver la cuestión relativa a la validez del contrato de gestación por sustitución y la de la renuncia de la madre que gestó a las hijas nacidas por reproducción asistida, ni razonar tampoco sobre la existencia de un fraude de ley que no puede dar lugar al nacimiento de derechos en contra de lo dispuesto en la ley.

Vaya por delante que no se desconoce la filiación de las hijas del actor, ni su paternidad, conforme al artículo 10-3 de la Ley 14/2006, por lo que la cuestión se reduce a determinar si de los hechos probados nace el derecho a la prestación reconocida, cual resuelve la mayoría, dejando a un lado la conveniencia de una reforma legal que de nueva regulación a estos supuestos de maternidad subrogada, pues el juez no puede sustituir al legislador cuando la norma es clara al establecer una prohibición legal

**SEGUNDO.** *Sobre la incongruencia omisiva.*

La validez de la maternidad por subrogación y de la inscripción del nacimiento en el Registro Consular no sólo está implícita en las alegaciones que hace el INSS, al denegar la prestación por maternidad al no constituir la "maternidad subrogada" un hecho que dé lugar al nacimiento de la prestación declamada, sino que ha sido explícitamente alegada, cual aparece en el ordinal quinto de los hechos declarados probados y deriva de los argumentos dados por la sentencia de instancia, sobre la prohibición legal de la gestación de un menor en un útero alquilado, situación que no es protegida a efectos de la prestación por maternidad, argumentos analizados también en la sentencia de suplicación y por el INSS al formalizar su recurso poniendo en duda la validez de la inscripción registral y el reconocimiento del derecho en favor del padre comitente, reproduciendo esos argumentos e insistiendo en que de la prohibición del art. 10-1 de la Ley 14/2006 y de lo dispuesto en el nº 2 de ese precepto se deriva que la gestación por sustitución no genera el nacimiento de la prestación por maternidad en favor de quien no parió al hijo.

La sentencia de la mayoría de la que se discrepa no aborda y resuelve esta cuestión: si en los supuestos de maternidad subrogada la prestación por maternidad es causada por el padre biológico que hizo y pagó el encargo contratado con la madre gestante. En efecto, la sentencia reconoce que el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, declara la nulidad de pleno derecho del contrato por el que se convenga la gestación por sustitución, pero sin más argumentación sobre los efectos de esa nulidad, priva de todo efecto a esa disposición y la inaplica so pretexto de la necesidad de proteger al menor, cuya protección justifica el reconocimiento de la prestación por maternidad a quien violó la ley y, aunque reconoce ser el padre biológico, lo que habría sido suficiente, añade que sus hijas son fruto de un contrato de gestación por sustitución.

Con tal proceder se alteran los términos del debate y se incurre en incongruencia "extra petita", al cambiar los fundamentos dados para el reconocimiento de la prestación solicitada cuyo reconocimiento en atención a la necesidad de proteger al menor deja indefensa a la contraparte (SSTC 191/1995, 13/1996, 60/1996 y 98/1996, entre otras). Al obrar de esa manera, además, la mayoría inaplica lo dispuesto en el nº 2 del citado artículo 10 que dispone: "La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto". Esto es, la ley determina

que la filiación corresponde a la madre que pare al hijo que es quien adquiere con respecto a él los deberes materno-filiales. Sin embargo, la sentencia reconoce la prestación al padre de las menores con base a la necesidad de protegerlas, pero omitiendo resolver el debate sobre la validez del contrato celebrado para su gestación y sobre la nulidad de la renuncia de la madre a su maternidad.

Además, en su fundamentación pretende robustecer la solución que da en el hecho de la inscripción de los nacimientos en el Registro Civil de Nueva Delhi de las dos niñas, sin que la misma haya sido impugnada y sin que a la Sala le corresponda pronunciarse sobre la validez de la inscripción. Con esta simple afirmación y sin más argumentación se pretende dar a entender que la filiación existe y es reconocida legalmente en favor de la recurrente, máxime cuando no se ha impugnado. Pero ello no es cierto porque el INSS la ha desconocido, al rechazar que el hecho inscrito produzca efectos en orden al reconocimiento de la prestación de maternidad por ser contrario a la ley y no tener encaje en lo dispuesto en el art. 133-bis y siguientes de la LGSS. Con ello olvida la mayoría lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 8/1957, del Registro Civil, donde se establece que “la inscripción hace fe del hecho, fecha, hora y lugar del nacimiento, del sexo y, en su caso, de la filiación del inscrito”, pero no de la licitud de los contratos que estuvieron en el origen del parto.

Al no abordar esa cuestión con carácter prejudicial, cual faculta el artículo 4 de la Ley de la Jurisdicción Social, y dar por buena la inscripción y sus efectos fundar esa decisión, la mayoría, violó el principio de tutela judicial efectiva que obliga a los tribunales a fundar sus decisiones, pues omitió resolver si de un acto nulo de pleno derecho (art. 10-1 de la Ley 14/2006) pudo nacer el derecho a una prestación de la Seguridad Social.

### **TERCERO. Sobre la existencia de fraude de ley.**

La sentencia de la mayoría argumenta que no existe indicio alguno que permita sospechar la existencia de un obrar en fraude de ley por parte de la actora. Pero tan simple y breve argumentación la considero insuficiente por las siguientes razones:

1. Como señalan las sentencias de la Sala 1ª de este Tribunal de 12 de enero de 2006 (R. 341/99), dictada en Sala General, 27 de enero y 5 de julio de 2006 (Recs. 101/00 y 3931/99) “el artículo 6.4 responde a una visión moderna del fraude de ley, a partir de la idea de que la interpretación no se detiene en la letra de la norma, sino que ha de dirigirse a la búsqueda de su voluntad. Conforme a ese planteamiento los actos jurídicos contrarios al espíritu de la ley, pero respetuosos con su letra no son fraudulentos, sino contra legem y, como tales, deben ser tratados con la directa aplicación de la sanción establecida para la infracción”.

En atención a ello la aplicación directa del artículo 10 de la Ley 14/2006 obliga a sancionar con la nulidad el contrato de maternidad subrogada inscrito en EE.UU. por así imponerlo el espíritu y la literalidad de la norma sin necesidad de mayores disquisiciones porque es principio de derecho que “in claris non fit interpretatio”. Consecuentemente, el actor no podía ser reconocido como padre, pues la filiación, derivaba de un contrato nulo y nula era, también, la renuncia de la madre biológica a sus derechos, conforme al citado art. 10-1 y al artículo 6 (2 y 3) del Código Civil. El padre, ex artículo 10-3 de la Ley 42/2006 podía reconocer la paternidad, pero este reconocimiento no conllevaba el reconocimiento de las prestaciones por su origen contrario a Ley.

2. Caso de no estimarse lo anterior la solución sería la misma porque, conforme a la doctrina jurisprudencia, “El régimen del *fraus legis* se aplica a aquellos actos, uno o varios, que reciben la cobertura de alguna norma, aunque sea básica o esté caracterizada por su generalidad, que los ampara o tolera, bien que de una manera insuficiente por ser otra su finalidad (sentencias de 13 de junio de 1.959, 10 de octubre de 1.962, 14 de diciembre de 1.972, 14 de mayo de 1.985, 14 de febrero de 1.986, 16 de marzo de 1.987, 19 de octubre de 1.987, 20 de mayo de 1.988, 30 de marzo de 1.988, 11 de octubre de 1.991, 16 de octubre de 1.991, 3 de noviembre de 1.992, 23 de febrero de 1.993, 5 de abril de 1.994, 23 de enero de 1.999, 3 de julio de 1.999 y 28 de septiembre de 2.004) y que persiguen un resultado prohibido o contrario al ordenamiento jurídico, considerado como todo (según se expresa en la exposición de motivos del Decreto 1.836/1.974, de 31 de mayo, por el que se sancionó con fuerza de Ley el texto articulado del título preliminar del Código Civil); esto es, un resultado contrario a cualquiera de las normas que integran el ordenamiento, aunque resulten de una interpretación sistemática o de los mismos procedimientos de integración”.

En el caso que nos ocupa resulta que, como en España el contrato de gestación por sustitución es nulo de pleno derecho, aunque no medie precio, lo que comporta que la filiación materna la determine el parto, la actor para burlar esa prohibición se fue a un país donde se permite la gestación por sustitución y conseguir un hijo de una madre de alquiler. Al obrar de esa manera lo ha hecho en fraude de ley y en perjuicio de tercero que puede impugnar

la validez de la inscripción registral por contraria al orden público español cuando le piden pagar una prestación con base en ella. No hacían falta indicios de fraude porque el propio actor reconocía el contrato de gestación por sustitución y la renuncia de la madre a sus derechos y obligaciones, hecho que suponía un abandono que facilitaba el acceso a la prestación, al servir de palanca para consumir el fraude mediante una renuncia nula, conforme a los artículos 10 de la ley 14/2006 y 6, números 2 y 3, del Código Civil.

No procede aquí calificar la filiación, pero si determinar que esas actuaciones contrarias a la Ley y fraudulentas no pueden perjudicar a un tercero, el INSS, que tiene que abonar una prestación por maternidad en un supuesto que no sólo no está previsto por la Ley, sino que la vulnera con claridad. El actor pudo, simplemente, reconocer su paternidad, ex art. 10-3 de la Ley 14/2006, pero prefirió reconocer su actuación previa y la nulidad es la consecuencia .

Corolario .

El recurso debió ser desestimado por no ser válidos los actos en contra de lo dispuesto en la ley, ni los concluidos en perjuicio de tercero en país que si autoriza esos actos contrarios al orden público nacional para así burlar la normativa española, lo que constituye un acto fraudulento que no puede producir los efectos aquí pretendidos (art. 6-4 del Código Civil), por cuanto la omisión de la maternidad subrogada en el artículo 133-bis de la LGSS no es un olvido del legislador que modificó ese precepto por la Ley Orgánica 3/2007, sino que obedece al respeto de lo dispuesto en el art. 10 de la Ley 14/2006, a la coherencia del ordenamiento jurídico que prohíbe igualmente la renuncia de la madre a la filiación con arreglo a este artículo y al 6, números 2 y 3 del Código Civil.

Frente a las anteriores conclusiones no valen consideraciones de equidad, pues el artículo 3.2 del Código Civil no permite acudir a ellas cuando existe una prohibición legal, ni a la realidad social que nos muestra que en los países de nuestro entorno no se acepta la maternidad por subrogación, precisamente para evitar que las mujeres de países pobres sean objeto de este tipo de comercio, que ha sido calificado como “mercantilización del proceso reproductivo” y como “turismo procreativo o reproductivo” desde distintos sectores doctrinales. Tampoco cabe hablar de interpretaciones analógicas con base en el artículo 4 del Código Civil cuando se contemplan supuestos de hecho diferentes y cuando, cual se dijo antes, no existe una laguna legal, sino una prohibición expresa para que esos hechos no produzcan efectos, y por lo que se refiere a la protección del menor baste con reiterar lo dicho en el voto particular con el que concurre este y las razones que da en supuesto parecido la Sala 1ª de este Tribunal en su sentencia de 6 de febrero de 2014 (R. 245/2012), máxime, cuando la protección del menor se alcanza dándole una familia y las prestaciones en nuestro ordenamiento jurídico se consiguen acudiendo a otras instituciones, como el reconocimiento paterno, la adopción y el acogimiento, que producen efectos similares en cuanto a la protección del menor, sin necesidad de violentar la legalidad, ni en aras al principio de igualdad porque, como ha señalado el TC en su sentencia 203/2015, de 5 de octubre, que reitera la doctrina de su sentencia 181/2003 “tampoco tiene sentido alguno detenerse, ahora desde el prisma del principio de igualdad ante la ley, en el «imposible derecho a la igualdad en la legalidad» o «igualdad ante la ley» , ya que no se produjo un diferente trato ante situaciones iguales que pudiera merecer un examen conforme a la referida doctrina”.

Epítome. Con este voto particular no se cuestiona la filiación del menor, ni el derecho del mismo a integrarse en una familia. La discrepancia surge por entender que para causar las prestaciones de la Seguridad Social , como norma general, hace falta reunir los requisitos que para cada una de ellas establece la Ley, sin que quepa hacer caso omiso de ellos cuando concurren otros principios que ya valoró el legislador sin darles mayor valor, cual permite el art. 53-3 de la Constitución en relación con el 39 de la misma. Por ello, la prestación de maternidad no se puede reconocer a quien no ha sido padre con arreglo a la ley española, so pretexto de proteger al menor, argumento recurrente que serviría para reconocer todo tipo de prestaciones que responden a la necesidad de proteger diferentes situaciones de necesidad: como la orfandad, la viudedad, la incapacidad, la jubilación etc.. Con ello se quiere decir que proteger una situación de necesidad no justifica, sin más, el reconocimiento de una prestación .

Madrid, a 25 de octubre 2016

PUBLICACIÓN . En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Antonio V. Sempere Navarro así como el voto particular formulado por la Excmo. Sra. Magistrada Dª Mª Lourdes Arastey Sahún, el voto particular formulado por el Excmo. Sr. Magistrado D. Luis Fernando de Castro

Fernández al que se adhiere el Magistrado Excmo. Sr. D. José Luis Gilolmo López y el voto particular formulado por el Excmo. Sr. Magistrado D. José Manuel López García de la Serrana al que se adhieren la Magistrada Excma. Sra. D<sup>a</sup> Milagros Calvo Ibarlucea y el Excmo. Sr. D. Jesús Souto Prieto, hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico. 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.