

4.- SENTENCIA DE 4 NOVIEMBRE DE 2016, RECURSO 741/16.

En Las Palmas de Gran Canaria, a 4 de noviembre de 2016.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de CANARIAS en Las Palmas de Gran Canaria formada por los Ilmos. Sres. Magistrados D./Dña. HUMBERTO GUADALUPE HERNÁNDEZ, D./Dña. MARÍA JESÚS GARCÍA HERNÁNDEZ y D./Dña. GLORIA POYATOS MATAS, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación núm. 0000741/2016, interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, frente a Sentencia 000040/2016 del Juzgado de lo Social Nº 7 de Las Palmas de Gran Canaria los Autos Nº 0000446/2015-00 en reclamación de Prestaciones siendo Ponente el ILTMO./A. SR./A. D./Dña. GLORIA POYATOS MATAS.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en Autos, se presentó demanda por D. DANIEL frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social.

SEGUNDO.- En la citada sentencia y como hechos probados, se declaran los siguientes:

"PRIMERO.- Don Daniel y Don José constan en el Registro Civil de San Francisco, California como progenitores de la menor X. Se practica inscripción por transcripción de un certificado de nacimiento expedido por el Estado de California y hoja declaratoria de datos al tomo página.... por el Consulado General de España en San Francisco (Prueba documental número 1 de la parte demandante aportada con la demanda).

SEGUNDO.- Por Don Daniel se solicita prestación de maternidad-paternidad (por nacimiento, adopción o acogimiento) en fecha 5/2/2015 constando en las alegaciones que se solicita en dicha fecha puesto que no ha tenido Don D en su poder los documentos exigidos para dicho trámite hasta la fecha (Prueba documental número 2 de la parte demandante, aportada con la demanda)

CUARTO.- Don Daniel y D. José constan como titulares del libro de familia y contrajeron matrimonio el día 21/11/2009. La menor consta como hija de ambos y nació el día inscrita en el Registro Civil del Consulado General de España en San Francisco (Expediente Administrativo)

QUINTO.- Por Resolución del INSS de fecha 11/3/2015 se deniega la solicitud por haber transcurrido más de tres meses entre la fecha de la solicitud y la fecha del vencimiento de la prestación (Expediente Administrativo).

SEXTO.- La base reguladora es de 1056,09€ (hecho no controvertido)."

TERCERO.- En el fallo de la sentencia de la instancia, literalmente se recoge:

"SE ESTIMA ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por Don D. contra el

INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL declarando el derecho del demandante a percibir prestación de maternidad con fecha de efectos de 5/2/2015, con arreglo a una base reguladora diaria de 1056,09€ condenando a la parte demandada a estar y pasar por tal declaración y al abono de la prestación."

CUARTO.- Contra dicha Sentencia, se interpuso Recurso de Suplicación por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, y recibidos los Autos por esta Sala, se formó el oportuno rollo y pase al Ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia que estima la demanda del actor y reconoce su derecho a percibir la prestación de maternidad con fecha de efectos 5 de febrero de 2015, con arreglo a una base reguladora de 1.056'09 euros, condenándose a su abono a la Entidad gestora demandada (INSS), se alza el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL formalizando recurso de suplicación.

El recurso ha sido impugnado por la parte actora.

SEGUNDO.- Por el cauce del apartado b) del artículo 193 de la LRJS solicita, en el primer motivo del recurso, la modificación del relato fáctico, proponiéndose la modificación del hecho probado segundo, de acuerdo con el siguiente tenor literal:

"Por Don Daniel se solicita prestación de maternidad (por nacimiento, adopción o acogimiento) en fecha 10 de marzo de 2015, constando en las alegaciones que se solicita en dicha fecha puesto que no ha tenido en su poder los documentos exigidos para dicho trámite hasta la fecha de 5 de febrero de 2015 (prueba documental número 2 de la parte demandante, aportada con la demanda)".

Se ampara la recurrente en los folios nº 2 a 6 (texto de la demanda) y folio nº 9 (expediente administrativo que obra en autos).

La impugnante se opuso alegando que la parte actora solicitó conjuntamente maternidad-paternidad.

Para examinar la procedencia del motivo invocado, hay que partir de la premisa de que existe una constante doctrina, expresada entre otras en SSTS 19 de febrero de 1998, 17 de septiembre de 2004 y 25 de enero de 2005, así como la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, (Sentencia núm. 7100/2005 de 21 septiembre; 5.387/2002, 5.643/2002, 6.894/2002, 6.945/2002, 7.290/2002 Y 7.774/2002, de 22 de julio, 5 de septiembre, 29 y 30 de octubre, 13 de noviembre y 4 de diciembre (Rollos 8924/2001; 1087/2002; 7605/2001; 1802/2002; 3557/2002 y 3858/2002)-, la de que «sólo de excepcional manera han de hacer uso los Tribunales Superiores de la facultad de modificar, fiscalizándola, la valoración de la prueba hecha por el Juzgador de instancia, facultad que les está atribuida para el supuesto de que los elementos señalados como revisorios, ofrezcan tan alta fuerza de convicción que, a juicio de la Sala, delaten claro error de hecho sufrido por el Juzgador en la apreciación de la prueba»; Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, (Sala de lo Social, Sentencia núm. 7736/2005 de 13 octubre).

Para que prospere la revisión del hecho probado deben concurrir los siguientes requisitos:

- No se pueden plantear válidamente en el recurso cuestiones que no se hayan planteado en la instancia, de forma que tales cuestiones nuevas deben rechazarse en el recurso, en virtud del principio dispositivo (STS 4 octubre 2007).

-Fijar qué hecho o hechos han de adicionarse, rectificarse o suprimirse, sin que en ningún caso bajo esta delimitación conceptual fáctica puedan incluirse normas de derecho o su exégesis.

-Citar concretamente la prueba documental o pericial que, por sí sola, demuestre la equivocación del juzgador, de una manera manifiesta, evidente y clara. El error de hecho ha de ser evidente y fluir, derivarse y patentizarse por prueba pericial o documental eficaz y eficiente, sin necesidad de acudir a deducciones más o menos lógicas o razonables, pues dado el carácter extraordinario del recurso de suplicación y de que no se trata de una segunda instancia, no cabe llevar a cabo un análisis de la prueba practicada con una nueva valoración de la totalidad de los elementos probatorios (Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1999), pues ello supondría, en definitiva, sustituir el criterio objetivo del Juzgador de instancia .

-Precisar los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la variación del signo del pronunciamiento.

-Necesidad de que la modificación del hecho probado haga variar el pronunciamiento de la sentencia, pues, en otro caso devendría inútil la variación. Valgan por todas las Sentencias de la Sala del TSJ de Cataluña números 7.421/93 de 29 de diciembre; 4.193/94, de 13 de julio y 964/95, de 11 de febrero.

De acuerdo con los documentos referidos por la recurrente (doc. nº 9 de autos), queda acreditado que efectivamente la parte actora solicitó mediante petición con entrada en el INSS3 en fecha 10 de marzo de 2015, la prestación de maternidad, recogándose expresamente en las observaciones: " he pedido la maternidad en esta fecha, que he tenido en mi poder documentos (libro de familia)..."

Pese a su irrelevancia en orden a mutar el sentido del pronunciamiento se accede a la petición al permitir reforzarlo argumentalmente (S.T.S. 26 de Junio de 2012, Rec. 19/11) y tratarse de datos referidos a la prestación solicitada y finalmente estimada por la sentencia recurrida. Por tanto se admite la modificación propuesta del hecho octavo.

TERCERO. En el segundo motivo del recurso , con amparo en el *artículo 193 letra c) de la LRJS* alega la recurrente la infracción de los artículos 48 del estatuto de los Trabajadores (ET); artículo 8.12º a) del Real decreto 295/2009 por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural; y el art. 43 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS).

Sostiene la recurrente que el "dies a quo" del cómputo del plazo para solicitar la prestación por maternidad debe contabilizarse a partir del nacimiento de la menor en la que trae su causa la solicitud de tales prestaciones, lo que se produjo el 9 de julio de 2014, y no la fecha en la que se consta realizada la inscripción de la filiación en el registro Civil consular,

(5/2/2015), en base a que el actor pudo inscribir a la menos con anterioridad a tal fecha, imputando su tardanza a la falta de diligencia de la propia parte actora. Igualmente se niega que el INSS se negara a tramitarle con anterioridad el expediente, en base a la carencia del documento de inscripción registral, como se recoge en la fundamentación jurídica de la sentencia.

La impugnante se opuso en base a los mismos argumentos de la sentencia, negando su falta de diligencia.

Se limita el debate jurídico en fijar la fecha de cómputo para reclamar la prestación por maternidad en supuestos de maternidad subrogada realizada en San Francisco (California). Pues bien, tal y como se ha venido entendiendo en sentencias como la Dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya de fecha 9 de marzo de 2015 (recurso 126/2015), en la que se argumenta por la Sala, **que hace un amplio estudio del cambio jurisprudencial operado, que la posición que ocupan los progenitores es similar al adoptado o acogido.** Y esta reconocida similitud permitiría integrar una laguna legal por la identidad de razón que se ofrece "desde el momento en que se trata de dar protección por maternidad a quien ostenta la condición de progenitor de un menor por título jurídico diferente a la adopción o acogimiento pero idóneo por haber sido inscrito en el Registro Civil la filiación entre el menor y el que reclama la prestación.

En base a lo anterior procede aplicar al caso que nos ocupa idénticos criterios en materia de prescripción de la prestación de maternidad. El artículo 43 de la LGSS, que denuncia infringido la recurrente establece :

"Artículo 43. Prescripción.

El derecho al reconocimiento de las prestaciones prescribirá a los cinco años, contados desde el día siguiente a aquél en que tenga lugar el hecho causante de la prestación de que se trate, sin perjuicio de las excepciones que se determinen en la presente Ley y de que los efectos de tal reconocimiento se produzcan a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud.

Si el contenido económico de las prestaciones ya reconocidas resultara afectado con ocasión de solicitudes de revisión de las mismas, los efectos económicos de la nueva cuantía tendrán una retroactividad máxima de tres meses desde la fecha de presentación de dicha solicitud. Esta regla de retroactividad máxima no operará en los supuestos de rectificación de errores materiales, de hecho o aritméticos ni cuando de la revisión derive la obligación de reintegro de prestaciones indebidas a la que se refiere el artículo 45.

2. La prescripción se interrumpirá por las causas ordinarias del artículo 1973 del Código Civil y, además, por la reclamación ante la Administración de la Seguridad Social o el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, así como en virtud de expediente que tramite la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en relación con el caso de que se trate."

Los hechos que resultan de relevancia para la resolución del motivo son los que siguen:

- 1) La menor nació, por maternidad subrogada, en San Francisco en fechade 2014
- 2) En fecha febrero de 2015 se realiza la inscripción de la filiación en relación al actor,

en el Registro civil consular.

3) En fecha 10 de marzo de 2015 el actor solicita ante el INSS prestación de maternidad

Si aplicamos los mismos criterios en el cómputo del inicio del plazo de prescripción contenido en el precepto transcrito, es claro que la fecha a tener en cuenta no debe ser , como afirma la recurrente , la del día del parto, sino la de la fecha de la inscripción de la filiación en el registro civil. Lo anterior ya ha sido recogido en Sentencias dictadas por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía , por todas, la sentencia de fecha 29 de marzo de 2011 (Recurso 1370/2010), cuyo criterio es compartido por esta Sala , de acuerdo con la fundamentación jurídica que se transcribe a continuación:

“(..). Pretende por tanto la Entidad recurrente, la producción de eficacia directa de la resolución judicial extranjera en nuestro ordenamiento, lo que no constituye el criterio habitual en el mismo. Por el contrario, establecía el artículo 9.5 del Código Civil al tiempo de emitirse la resolución judicial extranjera citada, que “(..) No será reconocida en España como adopción la constituida en el extranjero por adoptante español, si los efectos de aquélla no se corresponden con los previstos por la legislación española (...)”. En la actualidad, dicho precepto, tras la reforma operada por la Ley 54/07 de 28 de diciembre de Adopción Internacional , se limita a remitirse a la misma, en vigor desde el 30 de diciembre de 2007: “5. La adopción internacional se registrará por las normas contenidas en la Ley de Adopción Internacional. Igualmente, las adopciones constituidas por autoridades extranjeras surtirán efectos en España con arreglo a las disposiciones de la citada Ley de Adopción Internacional. “ A este control se refiere en ambos supuestos la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor 1/1996, de 15 de enero, cuando en su Disposición Adicional Segunda manifiesta que “ Para la inscripción en el Registro español de las adopciones constituidas en el extranjero, el encargado del Registro apreciará la concurrencia de los requisitos del artículo 9.5 del Código Civil . “. No parece desprenderse de la regulación expuesta sino la necesidad de control por parte de la autoridad nacional, de la adecuación de la adopción, a las finalidades y requisitos previstos por la legislación española.

No hay norma internacional que contravenga el expresado criterio de ratificación por parte de la competente autoridad nacional, ya que el Convenio de 29 de mayo de 1993 , relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, hecho en La Haya, que contiene disposiciones relativas a la materia de reconocimiento de decisiones en materia de adopción establecidas por autoridades extranjeras, no ha sido firmado por la República Tunecina, aunque sí aparece ratificado por el Reino de España, deviniendo por tanto en inaplicable para la primera (artículo 2 del Convenio).

Al respecto, regula el CAPÍTULO III de la vigente Ley 54/2007, de 28 de diciembre de Adopción Internacional, vigente desde el 30 de diciembre de 2007 , los efectos en España de la adopción constituida por autoridades extranjeras. Dispone el artículo 25 que “ La adopción constituida por autoridades extranjeras será reconocida en España con arreglo a lo establecido en los Tratados y Convenios internacionales y otras normas de origen internacional en vigor para España, y, en especial, con arreglo al Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional. Tales normas prevalecerán, en todo caso, sobre las reglas

contenidas en esta Ley." El artículo siguiente regula los requisitos para la validez en España de adopciones constituidas por autoridades extranjeras en defecto de normas internacionales. Añade por su parte el artículo 27, que "La autoridad pública española ante la que se suscite la cuestión de la validez de una adopción constituida por autoridad extranjera, y en especial, el Encargado del Registro Civil en el que se inste la inscripción de la adopción constituida en el extranjero, controlará, incidentalmente, la validez de dicha adopción en España con arreglo a las normas contenidas en esta Ley." Establece por último el artículo 29, que " Cuando la adopción internacional se haya constituido en el extranjero y los adoptantes tengan su domicilio en España podrán solicitar la inscripción de nacimiento del menor y la marginal de adopción conforme a las normas contenidas en los artículos 12 y 16.3 de la Ley del Registro Civil ".

-Debe considerarse en suma que la fecha del hecho causante a efectos de la prestación de maternidad, a la vista de las circunstancias concurrentes en el caso concreto, es la de la inscripción del nacimiento y adopción del menor en el Registro Civil español, lo que tuvo lugar en fecha 25 de junio de 2008 según se desprende del inmodificado relato de hechos probados de la sentencia de instancia. Es por ello que no puede entenderse concurrente la causa de denegación aducida por la Entidad Gestora, al no haber transcurrido el plazo de tres meses alegado por la misma, entre la fecha de producción del hecho causante y la de la solicitud formulada el 10 de julio de 2008, conforme a lo previsto en el artículo 43.1 del texto refundido de la Ley General de Seguridad Social "

En base a lo anterior, debe considerarse como hecho causante el de la inscripción registral y no el del parto, y dado que entre el inicio del cómputo del plazo trimestral de prescripción (5 de febrero de 2015), y la reclamación administrativa presentada ante el INSS en reclamación de la prestación de maternidad (10 de marzo de 2015), no había transcurrido un periodo superior a tres meses, es claro que la parte actora no ha incurrido en la prescripción alegada. Por ello debe desestimarse también, este segundo motivo del recurso.

De igual modo, debe desestimarse también la alegada falta de diligencia en la tramitación de la solicitud de la prestación de maternidad, pues entre la fecha de inscripción registral y la solicitud al INSS de la prestación pasa poco más de un mes, y tampoco se ha probado que la parte recurrente haya sido poco diligente en llevar a término la inscripción registral de la menor, pues esta Sala desconoce cual es el tiempo necesario para la citada tramitación en San Francisco.

CUARTO.- En el último motivo del recurso, también con amparo en el artículo 193 letra c) de la LRJS alega la recurrente la infracción del artículo 133.bis de la LGSS, en relación al artículo 19 de la Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida.

Se opone también la recurrente, en cuanto al fondo, a que las situaciones de maternidad subrogada no puedan ser tributarias de la prestación por maternidad que se solicita, destacándose la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 7 de julio de 2014 (recurso 142/2014), con un criterio divergente al de la sentencia recurrida.

La impugnante se opuso en base a los fundamentos jurídicos de la sentencia de la

instancia.

A)- Posicionamiento de esta Sala.

Se adelanta ya que esta Sala es del criterio de extender el derecho al acceso de la prestación por maternidad, también a los supuestos derivados de gestación por sustitución, siempre que se reúnan una serie de condiciones, siguiendo la línea de la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya en sus sentencias de 23 de noviembre de 2012 (num. 7985/2012), sentencia de fecha 9 de marzo de 2015 (Rec. 126/2015), sentencia de 1 de julio de 2015 (AS 2015,1826), sentencia de 15 de septiembre de 2015 (num. 5214/2015) y sentencia de 19 de julio de 2016 (Rec. 2965/2016), así como de otras Salas como la De Madrid en sus sentencias de 8 de octubre de 2012 (rec 1875/2012), sentencia de 3 de marzo de 2013 (Rec. 3783/2012), sentencia de 31 de marzo de 2016 (nº 214/2016), sentencia de 17 de julio de 2015 (nº 625/2015) . Sentencias del TSJ de Castilla la Mancha de 27 de mayo de 2015 (nº 603/2015). Sentencia del TSJ de Murcia de 30 de marzo de 2015 (nº 292/2015), entre otras. Debe destacarse **igualmente que por parte del Pleno del Tribunal Supremo (sala Social) se hizo público el pasado 20 de octubre de 2016 , una nota informativa en la que se ha hecho pública su decisión de estimar los recursos de casación para la unificación de doctrina planteados**, en un caso, por una mujer que tiene un hijo mediante un contrato de gestación por sustitución, inscrito en el Registro del Consulado de España en Los Ángeles; y otro caso, el de un hombre que concertó una reproducción asistida en la India con su material genético. En este último caso, la Sala Cuarta transfiere las prestaciones que corresponderían a la madre biológica, que no va a poder disfrutarlas, al padre de las dos niñas. La Seguridad Social les había denegado las prestaciones sobre la base de la Ley de Reproducción Asistida que considera nulos los contratos de maternidad por sustitución. **A la fecha de dictarse esta Resolución no se conocían todavía el contenido de estas dos sentencias del Alto Tribunal cuyo fallo ya ha sido anunciado en los términos de estimación de las prestaciones por maternidad en asuntos análogos al presente.**

B)- Sentencias europeas e internas invocadas por la recurrente.

La recurrente parte de la no inclusión del supuesto de hecho analizado en alguna de las previsiones contenidas en el artículo 133 bis (vigente) de la LGSS, y esgrime entre sus alegatos lo contenido en dos sentencias dictadas por El TJUE de fecha 18 de marzo de 2014. **La primera en interpretación de la Directiva 92/85 CEE del Consejo de 19 de octubre de 1.992 y la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo , de 5 de julio de 2006 (TSJCE 2014,7 115)**, se pone de manifiesto que 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 y que la situación de una madre subrogante en lo concerniente a la atribución de un permiso por adopción no está comprendida en esta Directiva . La Directiva 2000/78/CE debe interpretarse en el sentido de que no constituye una discriminación por motivo de discapacidad el hecho de denegar la concesión de un permiso retribuido equivalente a un permiso de maternidad o un permiso por adopción a una trabajadora incapacitada para

gestar a un niño y que ha recurrido a un convenio de gestación por sustitución. Por otro lado, en la TJUE de 18/03/14 (TJCE 2014, 115) C-167/12 declara que la Directiva 92/85 (LCEur 1992, 3598) / debe interpretarse en el sentido de que los Estados miembros no están obligados en virtud del artículo 8 de esa Directiva a conferir un permiso de maternidad a una trabajadora, en su calidad de madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución, incluso cuando puede amamantar a ese niño tras su nacimiento o lo amamanta efectivamente. Y concluye que El artículo 14 de la Directiva 2006/54/CE debe interpretarse en el sentido de que el hecho de que un empleador deniegue un permiso de maternidad a una madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución constituye una discriminación basada en el sexo.

Y la segunda sentencia analiza La Directiva 2000/78/CE que debe interpretarse en el sentido de que no constituye una discriminación por motivo de discapacidad el hecho de denegar la concesión de un permiso retribuido equivalente a un permiso de maternidad o un permiso por adopción a una trabajadora incapacitada para gestar a un niño y que ha recurrido a un convenio de gestación por sustitución.

Pero ninguna de las sentencias se pronuncia sobre la prestación de seguridad social de maternidad, sino sólo respecto del permiso (suspensión contractual), no existiendo pronunciamiento del TJUE sobre los derechos del menor, sino exclusivamente sobre el derecho de la madre a no ser discriminada por razón de sexo o de discapacidad. Además la normativa comunitaria establece un marco de mínimos que puede ser mejorado por internamente por los estados miembros (art. 53 de la Carta de DDF de la UE). Por ello, una congruente respuesta a la cuestión litigiosa pasa por conjugar el tenor de los distintos pronunciamientos recaídos entre ellos las sentencias que se citan del TJUE para, a continuación, concluir si la legitimidad prestacional que ahora se reitera se ha visto afectada por lo decidido; atendiendo al principio de Norma Mínima que rige nuestro Derecho Interno y al canon teleológico en la aplicación de las imputables al conflicto planteado. Y

Se invoca también por la recurrente, ya en un ámbito interno, **la sentencia dictada por la Sala civil del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014**, que se mantiene en la denegación de la Inscripción registral de dos niños gestados en California, a través de contrato de vientre de alquiler. Pero debe recordarse a la recurrente que la misma no es vinculante para este Tribunal, al tratarse de un orden jurisdiccional distinto al Social.

C)- Andamiaje Jurídico y Jurisprudencial del reconocimiento del derecho reclamado.

El Artículo 10 Ley 14/06 de 26 de mayo . Gestación por sustitución, establece : “ 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.”*

Artículo 133 bis Situaciones protegidas

“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.”

Artículo 133 ter Beneficiarios

“1. Serán beneficiarios del subsidio por maternidad los trabajadores por cuenta ajena, cualquiera que sea su sexo, que disfruten de los descansos referidos en el artículo anterior, siempre que, reuniendo la condición general exigida en el artículo 124.1 y las demás que reglamentariamente se establezcan, acrediten los siguientes períodos mínimos de cotización (...)

2. En el supuesto de parto, y con aplicación exclusiva a la madre biológica, la edad señalada en el apartado anterior será la que tenga cumplida la interesada en el momento de inicio del descanso, tomándose como referente el momento del parto a efectos de verificar la acreditación del período mínimo de cotización que, en su caso, corresponda.”

El RD 295/09 de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia, en sus arts. 2 y 3 desarrolla los anteriores preceptos.

“Artículo 2 Situaciones protegidas

1. A efectos de la prestación por maternidad, se consideran situaciones protegidas la maternidad, la adopción y el acogimiento familiar, 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 durante los permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, a que se refieren los párrafos a) y b) del artículo 49 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público

Se considerarán, de igual modo, situaciones protegidas los acogimientos provisionales formalizados por las personas integradas en el Régimen General de la Seguridad Social e incluidas en el ámbito de aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público.

Asimismo, se considerará situación protegida, en los mismos términos establecidos para los supuestos de adopción y acogimiento, la constitución de tutela sobre menor por

designación de persona física, cuando el tutor sea un familiar que, de acuerdo con la legislación civil, no pueda adoptar al menor

2. Se considerarán jurídicamente equiparables a la adopción y al acogimiento preadoptivo, permanente o simple, aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y el acogimiento preadoptivo, permanente o simple, cuya duración no sea inferior a un año, cualquiera que sea su denominación.

No se considerarán equiparables al acogimiento preadoptivo, permanente o simple, otras posibles modalidades de acogimiento familiar distintas a las mencionadas anteriormente.

3. Conforme a lo establecido en el artículo 45.1.d) del Estatuto de los Trabajadores, en relación con las causas de suspensión del contrato de trabajo, en el caso de adopción o acogimiento familiar de personas con discapacidad o de quienes, 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, para que se produzca la situación protegida el adoptado o acogido deberá ser menor de dieciocho años.

Se entenderá que los menores de edad, adoptados o acogidos, que sean mayores de seis años, presentan alguna discapacidad cuando ésta se valore en un grado igual o superior al 33 por 100, de conformidad con el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía.

4. En el supuesto de trabajadores por cuenta propia incluidos en los distintos regímenes especiales del sistema de la Seguridad Social, se consideran situaciones protegidas las referidas en los apartados anteriores de este artículo, durante los periodos de cese en la actividad que sean coincidentes, en lo relativo tanto a su duración como a su distribución, con los periodos de descanso laboral establecidos para los trabajadores por cuenta ajena, excepto en lo que se refiere a la posibilidad de percibir el subsidio compatibilizándolo con una jornada a tiempo parcial, que se efectuará en los términos regulados en el apartado 8 de la disposición adicional primera."

Aun reconociendo que "los contratos de gestión por sustitución están expresamente prohibidos por las Leyes españolas y que «la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto» (Art. 10 de la Ley 14/2006), advierte la sentencia de la Sala de 23 de noviembre de 2012 que (al igual que ahora acontece - hecho segundo de la recurrida-) "no se trata de determinar la filiación ... ni tampoco de decidir si una filiación determinada en virtud de una certificación registral extranjera puede acceder al Registro Civil español (...) la finalidad de la prestación de maternidad está relacionada -precisa dicha sentencia- no solo con el descanso obligatorio y voluntario por el hecho del parto, sino también con la atención o cuidado del menor, que se convierte en elemento prioritario desde el momento en que no solo se atribuye la condición de beneficiario a la madre, sino también al padre, y por el hecho de haberse ampliado la prestación a supuestos en los que no hay alumbramiento. El objeto de la prestación se vincula más (avanza aquélla en su razonamiento) con la atención al menor, hasta el punto que el RD 295/2009 amplía la protección no solo a los supuestos de adopción y

acogimiento, sino a aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y el acogimiento preadoptivo, permanente o simple, cuya duración no sea inferior a un año". Valoradas circunstancias que le llevan a concluir (en armonía con lo resuelto por las Sentencias del TSJ de Madrid de 30 de noviembre de 2.009, Castilla-León de 5 de mayo de 2.010 y de Asturias de 9 de abril de 2012) que la situación de reclamante se equipara a tales situaciones porque -como ahora también sucede- la maternidad ha sido declarada en sentencia del Tribunal de California y la misma ha sido inscrita en el Registro Civil español". De tal manera que "si en los demás supuestos distintos a la maternidad natural, se reconoce el derecho a la prestación para procurar la atención del menor, esta finalidad también concurre en el presente supuesto... (debiendo) incluirse al mismo en algunas de las situaciones que dan lugar al derecho a una prestación que, como la de maternidad, da "cobertura una situación de intereses complejos entre los que destaca, como predominante, la atención al menor durante la etapa inicial de su vida familiar, apareciendo como intereses coyunturales la necesidad de atención a la madre, como consecuencia del parto, que sirve como criterio distributivo del derecho, estableciendo una cotitularidad jerarquizada" (STSJ de Madrid de 30 de noviembre de 2009).

Para poder realizar un análisis completo debemos partir de la actual regulación de la prestación de maternidad, que a su vez queda vinculada con el derecho a la suspensión contractual del trabajador/a solicitante y sobre todo, de la cobertura prestacional que mediante la maternidad se pretende, que no se reduce a la atención de la madre como consecuencia del parto, sino también una imprescindible atención del menor durante la etapa inicial de su vida familiar, estableciéndose de este modo una cotitularidad de intereses en juego.

A los anteriores preceptos, debe añadirse también la posición de nuestro Tribunal Constitucional en relación a la perspectiva de la conciliación de la vida personal y familiar que la prestación de maternidad, junto con otras instituciones como por ejemplo las excedencias por cuidado de hijos/as garantiza y que se sintetiza en la referida **sentencia de la Sala Social del TSJ Catalunya de fecha 19 de julio de 2016, referenciada arriba** que literalmente recoge:

"La STC 203/00 de 17 de junio (RTC 2000, 203) o la STC 20/01 de 20 de enero ,nos dice: Así, la protección de la familia que la Constitución exige asegurar a los poderes públicos ha llevado al legislador, atendiendo a las nuevas relaciones sociales surgidas como consecuencia de la incorporación de las mujeres al mercado de trabajo, a dictar recientemente la Ley 39/1999, de 5 de noviembre (RCL 1999, 2800) , para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, con fundamento en los arts. 39.1 y 9.2 de la Constitución, y en objetivos expresados en el ámbito internacional y europeo (concretamente, en el ámbito comunitario, en la Directiva 92/85 (LCEur 1992, 3598), de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, y en la Directiva 96/34 (LCEur 1996, 1756), de 3 de junio de 1996 , que incorpora el Acuerdo Marco sobre el permiso parental celebrado por la

UNICE, el CEEP y la CES).

Los órganos judiciales no pueden, por tanto, ignorar la dimensión constitucional de la cuestión ante ellos suscitada y limitarse a valorar, para excluir la violación del art. 14 CE, si la diferencia de trato en relación con el disfrute del derecho a la excedencia por cuidado de hijos tiene en abstracto una justificación objetiva y razonable, sino que han de efectuar su análisis atendiendo a las circunstancias concurrentes, y sobre todo, a la trascendencia constitucional de este derecho de acuerdo con los intereses y valores familiares a que el mismo responde. Como señalamos en nuestra STC 95/2000, de 10 de abril (RTC 2000, 95), F. 5, la razonabilidad de las decisiones judiciales es también una exigencia de adecuación al logro de los valores, bienes y derechos constitucionales (STC 82/1990, de 4 de mayo (RTC 1990, 82), F. 2, 126/1994, de 25 de abril (RTC 1994, 126), F. 5) y, desde esa perspectiva, debe recordarse que los principios rectores de la política social y económica no son meras normas sin contenido (STC 19/1982, de 5 de mayo (RTC 1982, 19), F. 6), sino que, por lo que a los órganos judiciales se refiere, sus resoluciones habrán de estar informadas por su reconocimiento, respeto y protección, tal como dispone el art. 53.3 CE. De ese modo, una decisión que desconoce la orientación que debió tener la aplicación de la legalidad acentúa la falta de justificación y razonabilidad de la resolución impugnada, como ya mantuvimos en nuestra STC 126/1994, de 25 de abril (RTC 1994, 126).

La STC 75/2011 de 19 mayo (RTC 2011, 75) sintetiza la doctrina del TC (FJ 7), cuando dice que la protección de la mujer no se limita a la de su condición biológica durante el embarazo y después de éste, ni a las relaciones entre la madre y el hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, sino que también persigue evitar en el marco del contrato de trabajo las consecuencias físicas y psíquicas que medidas discriminatorias podrían tener en la salud de la trabajadora y afianzar, al mismo tiempo, todos los derechos laborales que le corresponden en su condición de trabajadora, al quedar prohibido cualquier perjuicio derivado de aquel estado (SSTC 17/2003, de 30 de enero (RTC 2003, 17) [RTC 2003, 17], F. 3; 161/2004 de 4 de octubre [RTC 2004, 161], F. 3; y 324/2006, de 20 de noviembre (RTC 2006, 324), F. 4). Y concluye el TC, con cita de la doctrina del TJUE, que el permiso por maternidad tiene como finalidad legítima la de proteger la condición biológica de la mujer con motivo de su embarazo y después del mismo, por una parte; y la de proteger las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, por otra.

En cuanto a la discriminación por razón de nacimiento, el TC ha encuadrado en su ámbito las distintas formas de filiación (SSTC 7/94 de 17 de enero (RTC 1994, 7), 74/97 de 21 de abril (RTC 1997, 74), 67/98 de 18 de marzo, etc) entendiéndolo que están absolutamente equiparadas: matrimonial, no matrimonial, natural, adoptiva o por TRA, como la gestación por sustitución.

En este sentido el art. 14 CE se debe interpretar conjuntamente con los arts. 39.2 y 3 de la CE que obliga a los poderes públicos a asegurar la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la Ley, con independencia de su filiación (SSTC 7/94 de 17 de enero (RTC 1994, 7)).

DJ- Resolución. La recurrente, como se ha dicho, combate la sentencia de la instancia denunciando la infracción de lo previsto en el art. 133 bis de la LGSS que considera "*situaciones protegidas la maternidad , la adopción y el acogimiento*", y lo conecta el INSS con la previsión del artículo 19 de la Ley 14/2006, que literalmente prevé, lo siguiente: "*Artículo 19- Auditorías de funcionamiento.*"

Los centros de reproducción humana asistida se someterán con la periodicidad que establezcan las autoridades sanitarias competentes a auditorías externas que evaluarán tanto los requisitos técnicos y legales como la información transmitida a las Comunidades Autónomas a los efectos registrales correspondientes y los resultados obtenidos en su práctica clínica."

Ciertamente la "questio Litis" se cierne en interpretar si la maternidad derivada de Inscripción Registral válida en nuestro país, y derivada de "contrato de vientre de alquiler" suscrito en país extranjero en el que el mismo tiene validez, tiene efectos jurídicos y es situación protegida por la prestación de maternidad.

El art.133 bis de la LGSS que considera "*situaciones protegidas la maternidad, la adopción y el acogimiento...*" no da una definición de qué se entiende por lo primero (maternidad); lo que obliga a remitirnos al concepto general de estado o cualidad de madre, que no exige ineludiblemente el previo hecho del parto de esa madre, aunque éste sea el primer supuesto, de ahí que se le parigualen la adopción y el acogimiento, si bien como situaciones distintas y claramente diferenciadas de dicha maternidad biológica.

Pueden distinguirse dos situaciones protegibles, relacionadas con la llegada del menor al núcleo familiar:

- La de parto, como causa de suspensión del contrato de trabajo, que sólo corresponde a la madre que físicamente ha gestado y ha dado a luz un/a hijo/a, y -- la situación sin parto de progenitores que , en el grado y condición que corresponda, también se ven afectados por esa nueva configuración familiar pero desde otra perspectiva y relación con el sujeto que la motiva.

En el presente caso, estaríamos en el segundo supuesto, y la condición de progenitor 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 . Dicho reconocimiento, no es novedoso pues Junto a las anteriores, y como situaciones ajenas, pero claramente asimiladas por el legislador a la maternidad por nacimiento de un hijo, pero con un tratamiento específico, se encuentra la adopción y el acogimiento familiar, como figuras que generan derecho a la suspensión del contrato de trabajo, en donde ambos progenitores podrán disfrutar del periodo de suspensión, simultánea o sucesivamente.

La adopción de un lado y sobre todo, el acogimiento en sus dos modalidades reguladas (temporal o permanente), son figuras protegidas y tributarias de la prestación de maternidad que evidencian como la citada prestación tiene como finalidad, además de la protección de la madre , también y de forma prevalente, la del interés superior del menor , que debe llevar a respetar su derecho a disfrutar plenamente de su vida familiar y privada, siendo ello un principio de orden público

que debe inspirar las decisiones judiciales que afecten a menores , como es el caso, tal y como se establece en el texto de la Convención de los derechos del Niño de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1.989 .

Desde el precepto regulador de la prestación de maternidad, y en la medida que el demandante y su pareja no han acudido a la adopción o al acogimiento (art. 133 bis LGSS) para establecer la relación familiar con su hija , podría entenderse, en principio, que no les resulta de aplicación el régimen que pretende atribuirse; pero ello, en virtud del citado interés superior de la menor se salva acudiendo a la aplicación analógica y extensiva del precepto analizado, al entender que la posición del demandante, a los efectos de la prestación reclamada, es similar a la que, también como progenitores, ocupan aquéllos que se hallan en supuestos de adopción o acogimiento familiar y cubriendo de igual manera la finalidad de protección de la menor, porque aunque la maternidad derivada de la condición de progenitor inscrito como tal en el Registro Civil y en virtud de una gestación subrogada no está contemplada en la LGSS, los supuestos guardan semejanza, en tanto en cuanto la posición que ocupan los progenitores en uno y otro caso respecto del nacido, adoptado o acogido es la misma en el marco de las relaciones laborales y familiares en las que están inmersos.

Esta similitud permitiría integrar una laguna legal por la identidad que se ofrece desde el momento en que se trata de dar protección por maternidad a quien ostenta la condición de progenitor de una menor por título jurídico diferente a la adopción o acogimiento pero idóneo por haber sido inscrito en el Registro Civil la filiación entre la menor y el actor.

Si en la adopción son sujetos directos del derecho a la prestación de maternidad los progenitores, cualquiera que sea su sexo, sin mayor vinculación que la relación jurídica que ha generado esa filiación por adopción o acogimiento, con igual o mayor razón sería extensible ese derecho a quienes, ostentan legalmente esa condición aunque derive de otro título al que el ordenamiento español, tiene plena eficacia jurídica. Por otra parte, el art 133 ter de la LGSS transcrito, reconoce como beneficiarios de la prestación a los trabajadores por cuenta ajena, cualquiera que sea su sexo, lo que permite mantener indiferenciada la condición de progenitor de cada uno de los miembros de la pareja en relación con los hijos, que también sería de aplicación, por extensión, al caso que nos ocupa.

Lo anterior no debe sorprendernos pues no es la primera vez que se reconocen prestaciones de seguridad Social derivadas de situaciones jurídicas no reconocidas en nuestro derecho interno, o incluso delictivas. Tal es el caso del derecho al percibo de pensión de viudedad (aunque prorrateada), en supuestos derivados de bigamia o poligamia, cuando los matrimonios fueron celebrados en país extranjero en el que tal instituto cuenta con regulación expresa y por tanto se celebraron al amparo de la ley extranjera.

En consecuencia, y en virtud de la hermeneútica referida, es criterio de esta Sala, como se anunció al inicio, que en supuestos como el presente en el que ni se ha impugnado ni se ha cuestionado la validez de la inscripción registral de la pequeña procede el derecho al percibo de la prestación de maternidad de uno de sus progenitores, en este caso el actor,

por interpretación analógica y extensiva a la figura de la adopción, y especialmente al acogimiento, debiendo primar siempre y en todo caso el interés superior de la menor.

Debe aclararse, para finalizar que este tribunal se ha limitado al análisis prestacional reclamado, sin entrar en valoraciones de otras perspectivas e implicaciones de derechos que puedan derivarse de la figura del "contrato de vientre de alquiler" y su cada vez mayor extensión en el mundo, y de forma peligrosa en determinados países altamente degradados en derechos humanos de las mujeres y las niñas.

Por todo lo anteriormente expuesto, debe desestimarse también este motivo tercero y el recurso y confirmar el criterio de la magistrada de instancia.

QUINTO.- En virtud de lo previsto en el art. 235 de la LRJS, no procede la imposición de costas

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social frente a la sentencia de fecha 29 de febrero de 2016 del Juzgado de lo Social nº 7 de Las Palmas de Gran Canaria (autos 446/15) que confirmamos en su totalidad. Sin costas.

Notifíquese la Sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal y librese testimonio para su unión al rollo de su razón, incorporándose original al Libro de Sentencias.

Devuélvase los autos originales al Juzgado de lo Social Nº 7 de Las Palmas de Gran Canaria, con testimonio de la presente una vez notificada y firme a las partes.

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