



### EL TS RECONOCE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN COMO SITUACIÓN PROTEGIDA POR LA PRESTACIÓN POR MATERNIDAD

La Sala Cuarta del Tribunal Supremo constituida en Pleno ha resuelto dos recursos de casación para unificación de doctrina en los que se planteaba si la maternidad por subrogación o sustitución puede considerarse situación protegida a los fines de la prestación por maternidad, adopción o acogimiento, con la particularidad de que en uno de los casos el solicitante de la prestación era un varón. En efecto, en el primer caso se trata de una trabajadora que tiene un hijo en virtud de un contrato de gestación por sustitución, hijo que consta escrito en el Registro del Consulado de España en Los Ángeles, figurando la actora como madre y su pareja varón como padre. En el otro supuesto se trata de un español que concierne una reproducción asistida en la India, utilizándose su material genético. La madre gestante alumbró dos niñas y aceptó que el hombre asuma, en exclusiva, “todas las funciones y obligaciones que se derivan de la patria potestad”. Las menores fueron inscritas en el Registro Consular como hijas de los padres biológicos (la madre “de alquiler” y el varón español), siendo trasladadas a España por su progenitor. La Seguridad Social española denegó las prestaciones “de maternidad” solicitadas por el padre de las menores puesto que la Ley de Reproducción Asistida proclama la nulidad del contrato de maternidad por sustitución. El Tribunal Supremo ha dado la razón a los solicitantes de tales prestaciones, pues ha estimado que ha de hacerse una interpretación integradora de las normas aplicadas, contempladas a la luz de la jurisprudencia del TEDH y de diversos preceptos constitucionales, legales y reglamentarios.

**Tribunal Supremo, Sala Cuarta, Sentencia nº 953/2016, de 16 noviembre 2016.** Ponente: Excm. dra. D<sup>a</sup> María Luisa Segoviano Astaburuaga. TOL5.911.261.

**Maternidad por subrogación.– Trabajadora que solicita prestaciones por maternidad, tras haber tenido un hijo en virtud de un contrato de gestación por sustitución.– Hijo que consta inscrito en el Registro del Consulado de España en Los Angeles, figurando la actora como madre y su pareja varón como padre.– Acogimiento preadoptivo.– Adopción internacional.– Fecundación in vitro.– Orden público internacional.– Paternidad.– Encargado del registro civil.– Igualdad de trato.– Protección de la infancia.– Registro del nacimiento.– Votos particulares.**

Normas aplicadas:

#### ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.– Con fecha 2 de diciembre de 2013, el Juzgado de lo Social nº 31 de los de Madrid, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que desestimando totalmente la demanda interpuesta por D<sup>a</sup> Cristina debo ABSOLVER Y ABSUELVO al INSS y TGSS de todos los pedimentos de la misma.»

SEGUNDO.– Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes: «1)– La parte actora D<sup>a</sup> Cristina venía prestando servicios para la Consejería de Sanidad de la CCAA de Madrid como Médico Inspector. 2)–En fecha 4–4–13 la Corte Suprema de California dictó sentencia declarando que el nasciturus Casimiro es hijo de la actora y de D<sup>o</sup> Jose Enrique . 3)–En fecha NUM000 –13 la madre subrogada alumbró al hijo de dichos padres en el Hospital Naval de San Diego (California). 4)– En fecha NUM003 –13 el hijo nacido es inscrito en el Registro Civil de San Diego. En fecha 15–8–13 se ha inscrito en el Consulado General de España en los Ángeles. 5)– En fecha 28–5–13 la actora solicitó la prestación de maternidad, siendo denegada por el INSS por resolución de fecha 10–6–13 por no ser considerada la gestación de un menor por útero subrogado como situación protegida a los efectos de la prestación de maternidad. Por resolución de la misma fecha se ha denegado la prestación de paternidad al Sr. Jose Enrique .. 6)–No estando conforme la parte actora con la resolución anterior, interpuso reclamación previa y con fecha 15–7–13 la Dirección Provincial del I.N.S.S. dictó resolución

desestimatoria. 6)– Para el caso de prosperar la pretensión la base reguladora para la prestación. sería de 3.425,70 euros mensuales y la fecha de efectos desde el NUM000 –13 con una duración de 16 semanas.»

TERCERO.– Contra la anterior sentencia, el letrado D. Fermín Pastor Mena, en nombre y representación de Dª Cristina, formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia en fecha 7 de julio de 2014, recurso 142/2014, en la que consta el siguiente fallo: «Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por Dª Cristina, contra la sentencia dictada el 2 de diciembre de 2.013 por el Juzgado de lo Social núm. 31 de los de Madrid, en los autos 1035/13, seguidos a instancia de la parte recurrente, contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y, en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la sentencia de instancia. Sin costas.»

CUARTO.– Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el letrado D. Fermín Pastor Mena, en nombre y representación de Dª Cristina, interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó ante esta Sala mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 20/09/2012, recurso 1604/2012 ).

QUINTO.– Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida Instituto Nacional de la Seguridad Social, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido que el recurso debe ser estimado.

SEXTO.– Se señaló para votación y fallo el día 19 de octubre de 2016, ante el pleno de la Sala, dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, en que tuvo lugar.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.–1.– El Juzgado de lo Social número 31 de los de Madrid dictó sentencia el 2 de diciembre de 2013, autos número 1035/2013, desestimando la demanda formulada por Dª Cristina contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL sobre PRESTACIONES DE MATERNIDAD, absolviendo a los demandados de las pretensiones contenidas en la demanda en su contra formulada

Tal y como resulta de dicha sentencia la actora viene prestando servicios para la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid como médico inspector. El 4 de abril de 2013 la Corte Suprema de California dictó sentencia declarando que el nasciturus Casimiro es hijo de la actora y de D. Jose Enrique. El NUM000 de 2013 la madre subrogada alumbró al hijo de dichos padres en el hospital naval de San Diego (California). El hijo es inscrito en el Registro Civil de San Diego. El 15 de agosto de 2013 ha sido inscrito en el Consulado de España en Los Angeles. El 28 de mayo de 2013 la actora solicitó prestación por maternidad siendo denegada por el INSS, por resolución de 10 de junio de 2013, por no ser considerada la gestación de un menor por útero subrogado como situación protegida, a los efectos de la prestación por maternidad

2.– Recurrida en suplicación por Dª Cristina, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia el 7 de julio de 2014, recurso número 142/2014, desestimando el recurso formulado.

La sentencia, invocando la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 13 de mayo de 2014, recurso 749/2014, así como las dos sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el 18 de marzo de 2014, asuntos c–167/2012 y c–363/2012, entendió que no procede reconocer el derecho a la prestación de maternidad solicitada.

La sentencia se limita a reproducir parte de la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en la que se razona: «1)La Directiva 92/85 /CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del art. 16 de la Directiva 89/391/CEE ), debe interpretarse en el sentido de que los Estados miembros no están obligados en virtud del artículo 8 de esa Directiva a conferir un permiso de maternidad a una trabajadora, en su calidad de madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución, incluso cuando puede amamantar a ese niño tras su nacimiento o lo amamanta efectivamente.

2) El art. 14 de la Directiva 2006/54/ CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, puesto en relación con el art. 2, apartados 1, letras a) y b), y 2, letra c), de esa Directiva, debe interpretarse en el sentido de que el hecho de que un empleador deniegue un permiso de maternidad a una madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución no constituye una discriminación basada en el sexo.»

A su vez, la segunda de esas resoluciones incide en otra cuestión no planteada directamente en este litigio, o que cuando menos no podemos inferir del relato fáctico. Trata sobre la posible “discapacidad” de alguno de los cónyuges para poder tener hijos y de ahí la necesidad de acceder a este tipo de maternidad, para evitar ser discriminados por esa cuestión. Sobre este aspecto se concluye que:

“...La Directiva 2000/78/ CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, debe interpretarse en el sentido de que no constituye una discriminación por motivo de discapacidad el hecho de denegar la concesión de un permiso retribuido equivalente a un permiso de maternidad o un permiso por adopción a una trabajadora incapacitada para gestar a un niño y que ha recurrido a un convenio de gestación por sustitución.

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

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

3. – Contra dicha sentencia se interpuso por la representación letrada de D<sup>a</sup> Cristina recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando como sentencia contradictoria, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias el 20 de septiembre de 2012, recurso 1604/2012 .

La parte recurrida INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL ha impugnado el recurso, habiendo informado el Ministerio Fiscal que el mismo ha de ser estimado.

SEGUNDO: 1. Procede el examen de la sentencia de contraste para determinar si concurre el requisito de la contradicción, tal y como lo formula el art. 219 de la LRJS, que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, las sentencias comparadas han llegado a pronunciamientos distintos.

2. La sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias el 20 de septiembre de 2012, recurso 1604/2012, desestimó el recurso de suplicación interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de Oviedo, dictada en los autos seguidos a instancia de D<sup>a</sup> Ramona contra la entidad recurrente, el Servicio de Salud del Principado de Asturias y el Ministerio Fiscal, sobre derechos fundamentales.

Consta en dicha sentencia que la actora presta sus servicios para el Servicio de Salud del Principado de Asturias, con la categoría de técnico especialista de laboratorio. El 13 de julio de 2011 se dictó resolución por el Tribunal Superior de California, Condado de San Diego, en la que se declara que la hoy actora es madre del niño nacido de Debora entre el 2 de junio de 2010 y el 5 de octubre de 2011 y declara que Debora no es la madre del niño que tenga entre las citadas fechas, declarando que la responsabilidad financiera del citado niño corresponde a la actora y a D. Cecilio y que solo ellos tendrán la custodia física y legal del menor. Se ordenó que el hospital en que naciera dicho niño expida el certificado de nacimiento en el que consten, entre otros datos, el nombre del niño, de acuerdo con las indicaciones de la actora y de D Cecilio, permitir a ambos firmar el certificado, registrar la información dada por el padre biológico, D. Cecilio y registrar la información confidencial de la actora. El 17 de julio de 2011 se inscribió en el Registro Civil Consular de Los Ángeles a Íñigo, siendo su padre D. Cecilio y su madre D<sup>a</sup> Ramona . La actora solicitó al SESPA le emitiera certificado para solicitar permiso de maternidad a disfrutar desde el 1 de septiembre al 22 de diciembre de 2011, siéndole denegado por resolución de 23 de septiembre de 2011, motivando la denegación en que, conforme a la normativa vigente solo cabe permiso por maternidad en los casos de parto, acogimiento y adopción, siéndole denegada la prestación por el INSS.

La sentencia entendió que: A) La Constitución Española prevé en su artículo 39, que los poderes públicos asegurarán la protección social, económica y jurídica de la familia y la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la Ley con independencia de su filiación, lo que, además, se conecta con el art. 14 del mismo texto constitucional. B) La atención o cuidado del menor y el estrechamiento de los lazos del padre y la madre con el mismo es lo prioritario y fundamental y así se deduce de datos tales como que el legislador atribuya la condición de beneficiario no sólo a la madre sino también al padre, que sea superior el período de tiempo reconocida para el cuidado del menor que para la recuperación de la madre biológica o que se haga extensiva la protección en los supuestos de adopción y acogimiento. C) La interpretación generosa de la referencia contenida en el art. 2 del Real Decreto 295/2009 que considera jurídicamente equiparables a las figuras de adopción y acogimiento preadoptivo, permanente o simple, aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para aquéllas, cualquiera que sea su denominación, lleva a concluir que los supuestos de filiación están también amparados en la norma.

3. Entre la sentencia recurrida y la de contraste concurren las identidades exigidas por el art. 219 de la LRJS . En efecto, en ambos supuestos se trata de trabajadoras que han suscrito un contrato de gestación por sustitución en California, que la Corte Suprema de California ha dictado resolución declarando que el nasciturus es hijo de la madre comitente y de su pareja varón, que el hijo nacido ha sido inscrito en el Registro Civil Consular de Estados Unidos, de Los Ángeles, como hijo de la actora y de su pareja varón y que, reclamadas las prestaciones de maternidad han sido denegadas en ambos supuestos invocando que la normativa vigente solo establece el derecho a dicha prestación en los casos de parto, acogimiento y adopción. Las sentencias comparadas han llegado a resultados contradictorios, en tanto la recurrida entiende que no procede la concesión de dicha prestación, la de contraste reconoce el derecho de la actora a su percibo.

A la vista de tales datos forzoso es concluir que concurren las identidades exigidas por el art. 219 de la LRJS por lo que, habiéndose cumplido los requisitos establecidos en el art. 224 de dicho texto legal, procede entrar a conocer del fondo del asunto.

TERCERO.–1 .–La cuestión que se plantea en el presente asunto es si procede reconocer prestación de maternidad a favor de la trabajadora que, en virtud de un contrato de gestación por sustitución, aparece como madre, en el Registro Civil Consular de Estados Unidos, del niño nacido de la madre biológica que ha renunciado a la filiación materna.

Esta figura se conoce como gestación por sustitución, maternidad subrogada, vientre de alquiler, madres portadoras, madres suplentes...

A tenor de lo establecido en el art. 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, podría ser definida como “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”.

En nuestro ordenamiento tal contrato no está reconocido, a diferencia de lo que sucede en otros países, como por ejemplo Estados Unidos, señalándose en el apartado 1 del art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, de sobre técnicas de reproducción

humana asistida: “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. – Existen un importante número de sentencias dictadas por las Salas de lo Social de los diferentes Tribunales Superiores de Justicia que se han pronunciado en sentido dispar acerca de esta cuestión.

A modo de ejemplo, no exhaustivo, podemos citar entre las sentencias que han concedido la citada prestación las siguientes:

Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 8 de octubre de 2012, recurso 1875/2012; de 3 de marzo de 2013, recurso 3783/2012 ; 23 de diciembre de 2014, recurso 497/2014 ; de 17 de julio de 2015, recurso 429/2015 ; de 12 de febrero de 2016, recurso 739/2015 y de 31 de marzo de 2016, recurso 577/2015 .

Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya de 23 de noviembre de 2012, recurso 6240/2011 ; de 9 de marzo de 2015, recurso 126/2015 ; de 1 de julio de 2015, recurso 2460/2015 ; de 15 de septiembre de 2015, recurso 2299/2015 y de 11 de febrero de 2016, recurso 6519/2015 .

En sentido contrario, denegando la prestación se han pronunciado, entre otras las siguientes sentencias:

Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 7 de julio de 2014, recurso 142/2014 y de 5 de octubre de 2015, recurso 473/2015 .

Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 13 de mayo de 2014, recurso 749/2014 y de 3 de mayo de 2016, recurso 651/2016 .

CUARTO: 1. – Para una recta comprensión de la cuestión debatida se hace preciso examinar los pronunciamientos de la Sala Primera del Tribunal Supremo, así como del TJUE y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

2.– La Sala Primera del Tribunal Supremo ha dictado sentencia el 6 de febrero de 2014, recurso 245/2012, desestimando el recurso de casación interpuesto por los actores contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia en el recurso de apelación nº 949/2011, dimanante del juicio ordinario número 188/2010, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número 15 de la misma ciudad.

Los hechos son los siguientes:

–Dos varones, casados entre sí en 2005, solicitaron en el Registro Civil de Los Ángeles (California, Estados Unidos) la inscripción de nacimiento de dos hijos, nacidos en dicho estado el NUM001 de 2008, mediante “gestación por sustitución”, adjuntando certificados de nacimiento de los menores expedidos por la autoridad registral de California en los que aparecían como hijos de los solicitantes.

–El encargado del Registro Civil denegó la inscripción solicitada invocando la prohibición de la denominada “gestación por sustitución” establecida en la Ley 14/2006, de 26 de mayo .

–Los interesados interpusieron recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado que dictó resolución el 18 de febrero de 2009 estimando el recurso y ordenando se procediera a la inscripción en el Registro del nacimiento de los menores, tal y como constaba en las certificaciones registrales extranjeras presentadas.

–El Ministerio Fiscal presentó demanda impugnando dicha resolución. La sentencia, en esencia, contiene el siguiente razonamiento:

–El control que procede para el reconocimiento de un título extranjero, en este caso la certificación registral de California, si bien no se extiende a la absoluta conformidad de los asientos registrales con todas y cada una de las exigencias de nuestra legislación, si ha de examinar que respetan las normas, principios y valores que encarnan el orden público internacional español. La decisión de la autoridad registral de California 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 y por ser contraria al art. 10 Ley 14/2006, de 26 de octubre .

–La Ley no se limita a proclamar la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución, sino que también prevé cual debe ser el régimen de la filiación del niño que sea dado a luz como consecuencia de dicho contrato.

–No cabe entender que el único modo de satisfacer el interés superior del menor, invocado por los recurrentes, sea reconocer la filiación que ha sido recogida en el asiento registral realizado por la autoridad registral de California, pues la cláusula general del interés superior del menor, contenida en la legislación, no permite al juez alcanzar cualquier resultado en la aplicación de la misma, sino que su aplicación ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma. Junto con dicho principio hay otros que han de tomarse en consideración como son el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación del estado de necesidad en que pueden encontrarse determinadas mujeres, impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación.

–El Código Civil no exige que cuando se formule una acción de impugnación de la filiación respecto de un menor haya de fijarse simultáneamente otra filiación, por lo que tiene encaje en nuestro ordenamiento la anulación de una filiación que es contraria al ordenamiento jurídico aunque no se sustituya por otra.

–No cabe entender que se genera una situación de desprotección para los menores ya que la protección ha de otorgárseles partiendo de las previsiones de las leyes y convenios aplicables en España, existiendo en nuestro ordenamiento diversas instituciones para evitar dicha situación.

–En la parte dispositiva insta al Ministerio Fiscal para que, de acuerdo con las funciones que le atribuye su Estatuto Orgánico, ejercite las acciones pertinentes para determinar en la medida de lo posible la correcta filiación de los menores para su protección, tomando en consideración, en su caso, la efectiva integración de los mismos en un núcleo familiar “ de facto ”.

3.– El 2 de febrero de 2015 ha dictado auto desestimando el incidente de nulidad de actuaciones planteado frente a la sentencia de 6 de febrero de 2014, recurso 245/2012 .

En esencia el auto contiene el siguiente razonamiento:

–No hay vulneración del derecho a la igualdad sin sufrir discriminación ya que de dicho principio no deriva la obligación de los poderes públicos de otorgar el reconocimiento de filiación a relaciones jurídicas que en ordenamientos extranjeros son reconocidas como tal filiación. Tampoco supone discriminación frente a parejas heterosexuales u homosexuales femeninas ya que la razón de la decisión adoptada nada tiene que ver con el sexo u orientación sexual.

–No vulnera el derecho a la intimidad familiar al amparo de la doctrina sentada por la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 1 de abril de 2010, del caso SH contra Austria, conclusión confirmada por las sentencias de dicho Tribunal de 26 de junio de 2014, casos Labassee y Menesson contra Francia, que rechazan que la denegación de la inscripción de la paternidad biológica o de la filiación con base en la adopción o en la notoriedad de la posesión de estado, suponga una vulneración del derecho a la vida familiar en tanto se permita convivir al núcleo familiar en su país de residencia.

–Tampoco se vulnera lo establecido en las últimas sentencias citadas respecto a la vida privada de los menores ya que, a diferencia de lo que resolvió el Tribunal de Casación francés que afirmó la imposibilidad de que pueda determinarse legalmente en Francia cualquier relación de filiación entre el niño y los padres comitentes, de tal modo que no procede el establecimiento de la paternidad del padre biológico, por el carácter fraudulento del contrato de gestación por sustitución, la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo prevé que respecto del padre biológico es posible la determinación de filiación paterna y además en la sentencia se acuerda que debe protegerse legalmente, en su caso mediante la adopción, o, de considerarse que existe una situación de desamparo, por la decisión de la madre gestante de no ejercer sus funciones como tal, mediante el acogimiento.

QUINTO: 1.- El TJUE ha dictado dos sentencias el 18 de marzo de 2014, asuntos C-167/12 y C-363/2012 que resuelven sendas cuestiones prejudiciales planteadas por Reino Unido e Irlanda, en relación con la Directiva 92/85/CEE, “Medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia” y Directiva 2006/54/CEE, “Igualdad de trato entre los trabajadores y las trabajadoras” –la cuestión C- 167/12 – y en relación con esta última Directiva, la Directiva 2000/78/CEE, “Igualdad de trato en asuntos de empleo y ocupación” y la Directiva 2000/78 CE ”Existencia de una discapacidad” –la cuestión C-363/12

2.– La sentencia de 18 de marzo de 2014, asunto C-167/12 examina la cuestión prejudicial planteada por el Reino Unido a propósito de los siguientes hechos del litigio principal:

–La señora Aurora . es trabajadora empleada por ST en un hospital gestionado por éste.

–La señora. Aurora . celebró conforme a la Ley de 2008 sobre fecundación y embriología humana un convenio de gestación por sustitución para tener un hijo. . El hombre que forma pareja con ella facilitó el esperma, pero el óvulo no era de ella que no estuvo en ningún momento embarazada.

–ST ha establecido regímenes de permisos y prestaciones por maternidad equivalentes a los permisos retribuidos previstos en las disposiciones legales, en los que no se prevé el supuesto de gestación por subrogación.

–La señora. Aurora . solicitó permiso retribuido a su empleador, permiso de maternidad por subrogación, siéndole denegado.

–El 10 de junio de 2011 ST, a raíz de una nueva solicitud de la trabajadora, manifestó que disponía de una facultad discrecional excepcional y había decidido otorgarle las condiciones del permiso por adopción y la señora Aurora . obtuvo el permiso

–El 8 de julio de 2011 ST manifestó ante el Employment Tribunal, Newcastle Upon Tyne, que la señora Aurora . no tenía derecho a percibir la prestación por maternidad

–El niño nació el NUM004 de 2011, la señora Aurora . comenzó a prestarle cuidados maternos y lo amamantó durante tres meses.

–La señora Aurora . y el hombre con el que forma pareja solicitaron al tribunal competente la atribución de la patria potestad y les fue atribuido por resolución del tribunal de 19 de diciembre de 2011.

El TJUE razona que el permiso de maternidad contemplado en la Directiva 92/85 tiene por objeto, por una parte la protección de la condición biológica de la mujer durante el embarazo y después de éste y, por otra la protección de las especiales relaciones entre la mujer y su hijo durante el periodo que sigue al embarazo, evitando que la acumulación de cargas que deriva del ejercicio simultáneo de una actividad profesional perturbe dichas relaciones.

Recuerda que el objetivo de la citada Directiva es promover la mejora de la seguridad y la salud de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en periodo de lactancia ya que se la considera como integrante de un grupo expuesto a riesgos especialmente sensibles y que se deben tomar medidas relativas a su salud y seguridad. La señora Aurora . no estuvo en ningún momento embarazada.

Señala que la Directiva no excluye la facultad de los Estados para aplicar o instaurar disposiciones legislativas, reglamentarias o administrativas más favorables para la protección de la seguridad y salud de las madres subrogantes que hayan tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución.

Declara que:

En virtud de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, 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 haya tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución, incluso cuando pueda amamantar a ese niño o lo amamante efectivamente.

El hecho de que un empleador deniegue un permiso de maternidad a una madre subrogante que haya tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución, no constituye una discriminación basada en el sexo contraria al art. 14 de la Directiva 2006/54 CE del Parlamento Europeo.

3.– La sentencia de 18 de marzo de 2014, asunto C-363/12 examina la cuestión prejudicial planteada por Irlanda a propósito de los siguientes hechos del litigio principal:

–La señora Elisenda trabaja como profesora de educación secundaria en una escuela municipal.

–Ella y su esposo decidieron acudir a la gestación por sustitución ya que si bien la señora Elisenda tiene ovarios sanos y es fértil, no tiene útero. Se llevó a cabo la fecundación “in vitro” en Irlanda y la transferencia de los óvulos a la madre gestante en California.

–El ... de 2010 nació la niña en California, siendo hija genética de la señora Elisenda y de su esposo.

–En California se considera a la señora Elisenda y a su esposo padres de la niña, no constando la identidad de la madre gestante.

–Ni las normas legales ni el contrato de trabajo de la señora Elisenda prevén la concesión de permisos de maternidad en el supuesto de nacimiento de un niño mediante gestación por sustitución.

El TJUE razona que no existe discriminación directa por razón de sexo ya que un hombre que fuera padre de un niño mediante un convenio de gestación por sustitución sería tratado de la misma forma que una madre subrogante, tampoco existe discriminación indirecta ya que no hay dato alguno que permita afirmar que la denegación de la concesión del permiso perjudica especialmente a las trabajadoras en comparación con los trabajadores.

Tampoco existe un trato menos favorable, ligado al embarazo, respecto a las trabajadoras embarazadas ya que la madre subrogante, por definición, no ha estado embarazada de ese niño.

Declara que:

La Directiva 2006/54/ CE del Parlamento Europeo y del Consejo, en particular sus artículos 4 y 14 debe interpretarse en el sentido de 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.

La Directiva 2000/78/ CE del Consejo, 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 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.

SEXTO: 1.– El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dictado dos sentencias, relativas a la inscripción de menores nacidos tras una gestación por sustitución, aplicando el artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.

Procede recordar que el art. 10.2 de la Constitución dispone que las normas constitucionales relativas a los derechos fundamentales y a las libertades públicas se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre estas materias ratificados por España, entre los que destaca el Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. La función y las competencias que los actuales artículos 32 y 46 del Convenio atribuyen al Tribunal Europeo de Derechos Humanos hacen que la interpretación de los preceptos del Convenio por dicho Tribunal tenga una eficacia interpretativa muy relevante respecto de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en nuestra Constitución.

2.– La sentencia del TEDH de 26 de junio de 2014, Menesson contra Francia, demanda 65192/11, y Labassee contra Francia examina las demandas presentadas en virtud de los siguientes hechos:

–Los demandantes son dos matrimonios franceses que contrataron en Estados Unidos sendas gestaciones por sustitución.

–Nacieron dos niñas en el supuesto del matrimonio Norberto y una niña en el caso del matrimonio Carlos Alberto .

–Se dictaron sendas sentencias en los Estados de California y Minesota, disponiendo que los padres subrogantes son los padres de las niñas nacidas de cada una de las gestaciones por sustitución.

–Las autoridades judiciales francesas se negaron a inscribir en el Registro Civil francés las actas de nacimiento de las niñas, por considerar que tal medida era contraria al orden público francés, que establece la indisponibilidad del cuerpo humano y del estado de las personas y también se negaron a inscribir un acta de notoriedad por estar asimismo viciada de nulidad de orden público, por ser nulo el contrato de gestación. Interpuestos recursos de casación, el Tribunal de Casación francés denegó las respectivas solicitudes de inscripción de filiación o de reconocimiento de sentencias solicitadas por los padres comitentes considerando que la gestación por sustitución impide absolutamente el establecimiento del vínculo de filiación con los comitentes, sea mediante la inscripción de las actas de nacimiento expedidas en el extranjero, sea mediante la inscripción del acta de notoriedad de la relación de filiación fundada en que los solicitantes han criado y educado al niño, desde su nacimiento, sea mediante la adopción.

La sentencia razona «en presencia de este fraude ni el interés superior del niño garantizado por el artículo 3 § 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ni el respeto a la vida privada y familiar en el sentido del artículo 8 de la Convención (...) podían ser invocados útilmente».

El TEDH aplica el artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.

El citado precepto dispone: «1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria 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».

Razona que por lo que se refiere al respeto de la vida privada de los niños se encuentran en una situación de incertidumbre jurídica, señalando que los niños han sido identificados en el extranjero como hijos de los recurrentes y, sin embargo Francia les niega esta consideración en su ordenamiento jurídico, porque la gestación por sustitución impide absolutamente el

establecimiento del vínculo de filiación con los comitentes, sea mediante la inscripción de las actas de nacimiento expedidas en el extranjero, sea mediante la inscripción del acta de notoriedad de la relación de filiación por constar que los solicitantes crían y educan al niño desde su nacimiento, sea mediante la constatación de la filiación biológica paterna, sea mediante la adopción.

El Tribunal considera que tal contradicción atenta al reconocimiento de su identidad en el seno de la sociedad francesa añadiendo que a pesar de que sus padres biológicos sean franceses, las niñas se ven abocadas a una inquietante incertidumbre en cuanto a la posibilidad de ver reconocida su nacionalidad francesa, una indeterminación susceptible de afectar negativamente a la definición de su propia identidad. Los efectos del no reconocimiento inciden en los propios niños, 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 afectada. Con ello se plantea una grave cuestión de compatibilidad entre esta situación y el interés superior de los niños, cuyo respeto ha de guiar cualquier decisión que les afecte. Añade que hay que considerar también la importancia de la filiación biológica como elemento de la identidad de todo individuo, por lo que no cabe pretender que sea conforme con el interés superior del niño el privarle de un vínculo jurídico de esta naturaleza cuando la realidad biológica de dicho vínculo ha sido establecida y el niño y el padre afectados reivindican su pleno reconocimiento.

Concluye que obstaculizando de esta manera tanto el reconocimiento como el establecimiento de su vínculo de filiación respecto de su padre biológico, el Estado francés ha ido más allá de lo que le permitía su margen discrecional, por lo que el Tribunal de Estrasburgo concluyó en ambos casos que se había ignorado el derecho de los niños al respeto a su vida privada, violando el artículo 8 del Tratado.

3.- La sentencia del TEDH de 27 de enero de 2015, Campanelli contra Italia, demanda 25358/12, examina la demanda presentada en virtud de los siguientes hechos:

-El matrimonio Moises de nacionalidad italiana suscribe un contrato de gestación por sustitución.

-La gestación y el parto acaecieron en Rusia, habiendo dado la madre gestante su consentimiento escrito para que el niño fuera registrado como hijo de los comitentes italianos. Se realizó la inscripción.

-Posteriormente fueron imputados por alteración del estado civil, falsedad y violación de la ley sobre adopción, negándoseles el reconocimiento de la filiación establecida en el extranjero.

-Las autoridades italianas no reconocieron la filiación y, tras seis meses de convivencia, enviaron al niño a una institución dejándole bajo su tutela y le entregaron a una familia de acogida.

El TEDH estima que las autoridades italianas han vulnerado el artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales ya que es contrario al mismo la decisión de las autoridades italianas de alejar al niño de sus padres y ponerlo bajo la tutela de una institución, teniendo en cuenta que, al haber convivido más de seis meses, supone que los tres constituían un núcleo familiar “de facto”.

SÉPTIMO.- 1.- Hemos de referirnos a las resoluciones e instrucciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado que abordan las cuestiones relativas a la inscripción de nacidos mediante un convenio de gestación por sustitución.

2. - La resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009 examina la cuestión referente a dos españoles casados que solicitan la inscripción de los niños nacidos en San Diego mediante la gestación por sustitución.

El encargado del Registro Civil Consular la deniega, en aplicación del artículo 19 de la Ley 14/2006.

La Dirección General de los Registros y del Notariado estima el recurso, acordando la inscripción, en el Registro Civil Consular, porque entiende que no se trata de una inscripción con base en una declaración del sujeto, lo que obliga a controlar la legalidad de lo manifestado, sino en virtud de una 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 RRC 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”.

3.- La Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la misma Dirección General de los Registros y del Notariado examina la cuestión referente al régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. En ella se rechaza 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 constatarse, 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.

4.- La Circular de 11 de julio de 2014 de la Dirección General de los Registros y del Notariado mantiene la plena vigencia de la Instrucción de 5 de octubre de 2010, al entender que la doctrina sentada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, sentencia de 16 de diciembre de 2013, casación número 245/2012, está superada por la emanada del Tribunal de Estrasburgo.

del Reglamento del Registro Civil OCTAVO.- Pasamos a la exposición de la normativa aplicable para la resolución de la cuestión controvertida.

Convención sobre los derechos del niño:

Artículo 2: “Todos los derechos deben ser aplicados a todos los niños sin excepción alguna y es obligación del Estado tomar las medidas necesarias para protegerle de toda forma de discriminación”.

Artículo 3: “Todas las medidas respecto del niño deben estar basadas en la consideración de su interés superior”.

Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales

Artículo 8: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria 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”.

Constitución Española

Art. 10.2: “Las normas constitucionales relativas a los derechos fundamentales y a las libertades públicas se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre estas materias ratificados por España”.

Artículo 39.2: “Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley, con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil.

4. Los niños gozarán de la protección prevista en los Tratados Internacionales que velan por sus derechos”.

Estatuto de los Trabajadores

Artículo 45.1º: ¡El contrato de trabajo podrá suspenderse por las siguientes causas:... d) Maternidad, paternidad..., 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”.

Artículo 48.4º: “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”.

Ley General de la Seguridad Social

Art. 133 bis, actual art. 177: “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”.

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

Artículo 2.2º: “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”.

NOVENO.–1.– El recurrente alega infracción de los artículos 133 bis y 133 ter de la Ley General de la Seguridad Social en relación con los artículos 14 y 39 de la Constitución Española .

Aduce, en esencia, que la finalidad última de la acción protectora de los artículos 133 bis y 133 ter de la Ley General de la Seguridad Social es el cuidado y atención del menor por parte de sus padres, ya sean biológicos o no, por lo que se ha de conceder la prestación de maternidad a la actora, ya sea con base en la maternidad o aplicando por analogía la adopción o el acogimiento.

2.– La censura jurídica formulada ha de tener favorable acogida, procediendo reconocer a favor de la recurrente las prestaciones de maternidad solicitadas, atendiendo a los motivos que a continuación se pasan a exponer:

Primero: La nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución, establecida en el art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, no supone que al menor que nace en esas circunstancias se le priven de determinados derechos.



Hay que distinguir dos planos perfectamente diferenciados, a saber, el atinente al contrato de gestación por sustitución y su nulidad legalmente establecida y la situación del menor, al que no puede perjudicar la nulidad del contrato.

En nuestro ordenamiento laboral, en determinados supuestos, se reconocen ciertos efectos en casos de negocios jurídicos afectados de nulidad. Así, cuando se reconoce el derecho al salario por el tiempo ya trabajado al amparo de un contrato que resultase nulo, artículo 9.2 ET ; en el supuesto en el que se establece pensión de viudedad en determinados casos de nulidad matrimonial, art. 174.2, actual 220.3 LGSS ; cuando se acotan los efectos de la ausencia de permiso de trabajo, artículo 36.5 LOEX 4/2000;

Segundo: EL artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, interpretado por el TEDH, en las sentencias de 26 de junio de 2014, *Menesson y Labassee contra Francia*, – si bien no se refiere a las prestaciones por maternidad– expresamente toma en consideración, para examinar la cuestión referente a la negativa de Francia a la inscripción en el Registro Civil de los menores, el interés superior del menor cuyo respeto ha de guiar cualquier decisión que les afecte.

Si bien, tal y como señala la Sala Primera del Tribunal Supremo en la sentencia de 6 de febrero de 2014, casación 245/2012, “la cláusula general del interés superior del menor, contenida en la legislación, no permite al juez alcanzar cualquier resultado en la aplicación de la misma, sino que su aplicación ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma”, dicho principio ha de servir para la interpretación de las normas ahora examinadas referentes a la protección de la maternidad.

Tercero.– Tal y como nos recuerda la precitada sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014, recurso 245/2012 : “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al interpretar el art. 8 del Convenio, ha considerado que allí donde está establecida la existencia de una relación de familia con un niño, el Estado debe actuar con el fin de permitir que este vínculo se desarrolle y otorgar protección jurídica que haga posible la integración del niño en su familia ( sentencias de 28 de junio de 2007, caso *Wagner y otro contra Luxemburgo*, y de 4 de octubre de 2012, caso *Harroudj contra Francia* )...

Pero de acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, si tal núcleo familiar existe actualmente, 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”.

En el asunto examinado el menor, nacido tras la gestación por sustitución, forma un núcleo familiar con los padres comitentes, que le prestan atención y cuidados parentales y tienen relaciones familiares “ *de facto* ”, por lo que debe protegerse este vínculo, siendo un medio idóneo la concesión de la prestación por maternidad.

Cuarto: De no otorgarse la protección por maternidad –atendiendo a la doble finalidad que tiene, tal y como se consigna en el apartado sexto– al menor nacido tras un contrato de gestación por subrogación, se produciría una discriminación en el trato dispensado a éste, por razón de su filiación, contraviniendo lo establecido en los artículos 14 y 39.2 de la Constitución, disponiendo este último precepto que los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley, con independencia de su filiación.

Quinto: Tanto el artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores como los referentes a la protección que se dispensa en las normas de Seguridad Social a las situaciones reguladas en el precepto estatutario, en especial los artículos 133 bis (actual art. 177 ) y 133 ter (actual art. 178) forman parte del desarrollo del mandato constitucional – artículo 39 de la Constitución – que establece la protección a la familia y a la infancia, finalidad que ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa.

Está fuera de toda duda que el reconocimiento del derecho al descanso y prestación por maternidad entraña un adecuado cumplimiento del mandato constitucional de protección a la familia y a la infancia.

Sexto: El periodo de dieciséis semanas del descanso por maternidad y su correlativa prestación de Seguridad Social tienen una doble finalidad, por un lado, atender a la recuperación, seguridad y salud de la madre y, por otro, la protección de las especiales relaciones entre la madre y su hijo durante el periodo posterior al nacimiento del menor, en palabras de la STJUE de 18 de marzo de 2014, C-167/12 “evitando que la acumulación de cargas que deriva del ejercicio simultáneo de una actividad profesional perturbe dichas relaciones”.

Consecuencia de esa doble finalidad es que las seis semanas inmediatamente posteriores al parto son de descanso obligatorio para la madre, en tanto las otras diez semanas pueden ser disfrutadas, a opción de la madre, por el padre o por la madre, de forma simultánea o sucesiva. En caso de adopción o acogimiento, aunque no hay que proteger la salud de la madre, ya que no ha existido parto de la adoptante o acogedora, se conceden las dieciséis semanas, atendiendo a la segunda finalidad anteriormente consignada, la protección de las especiales relaciones entre la madre y su hijo durante el periodo posterior al nacimiento del menor.

En el supuesto de maternidad por subrogación se producen también las especiales relaciones entre la madre y el hijo, durante el periodo posterior al nacimiento del menor, por lo que han de ser debidamente protegidas, en la misma forma que lo son los supuestos contemplados en el art. 133 bis de la LGSS, maternidad, adopción y acogimiento.

Séptimo: El art. 2.2 del RD 295/2009 de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural 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.

La situación del menor, nacido tras una gestación por sustitución e inscrito en el Consulado de España en Los Ángeles, deriva de una resolución judicial extranjera – sentencia de 4 de abril de 2013 dictada por la Corte Suprema de California

declarando que el nasciturus Casimiro, es hijo de D<sup>a</sup> Cristina (actora) y de D. Jose Enrique – cuya finalidad y efectos pueden considerarse similares a los previstos para la adopción y el acogimiento.

Octavo: El menor figura inscrito en el Consulado General de España en Los Ángeles, habiéndose efectuado la inscripción el 15 de agosto de 2013, sin que la misma haya sido impugnada.

Noveno: No se opone a las anteriores consideraciones lo resuelto por el TJUE en las sentencias de 18 de marzo de 2014, C-167/12 y C-363/12 ya que, como anteriormente ha quedado consignado –fundamento de derecho quinto– dichas sentencias se limitan a resolver sendas cuestiones prejudiciales planteadas por Reino Unido e Irlanda resolviendo la primera de ellas que, en virtud de la Directiva 92/85 /CEE del Consejo, 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 haya tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución, incluso cuando pueda amamantar a ese niño o lo amamante efectivamente.

El hecho de que un empleador deniegue un permiso de maternidad a una madre subrogante que haya tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución, no constituye una discriminación basada en el sexo contraria al art. 14 de la Directiva 2006/54 CE del Parlamento Europeo.

Por su parte la sentencia correspondiente al asunto identificado como C-362/12 resuelve que la Directiva 2006/54/ CE del Parlamento Europeo y del Consejo, en particular sus artículos 4 y 14 debe interpretarse en el sentido de 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.

La Directiva 2000/78/ CE del Consejo, 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 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.

DÉCIMO.– La interpretación integradora de las normas a que antes hemos hecho referencia, contempladas a la luz de la sentencia del TEDH de 26 de junio de 2014, en la aplicación del artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, que invoca el interés superior del menor cuyo respeto ha de guiar cualquier decisión que les afecte, del art. 14 y 39.2 de la Constitución, que dispone que los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos, conduce a la estimación del recurso formulado, sin que proceda la imposición de costas, de conformidad con lo establecido en el art. 235.1 de la LRJS .

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

Que debemos estimar y estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación letrada de por D<sup>a</sup> Cristina frente a la sentencia dictada el 7 de julio de 2014 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación número 142/2014, interpuesto por la hoy recurrente frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 31 de los de Madrid el 2 de diciembre de 2013, en los autos número 1035/2013, seguidos a instancia de D<sup>a</sup> Cristina contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL sobre PRESTACIONES DE MATERNIDAD. Casamos y anulamos la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estimamos el recurso de tal clase interpuesto por de D<sup>a</sup> Cristina, estimando la demanda formulada, declarando el derecho de la actora a percibir la prestación de maternidad durante 112 días, con fecha de efectos de 31 de mayo de 2013 y base reguladora diaria de 114,19 €. Sin costas.

VOTO PARTICULAR DISCREPANTE QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. LUIS FERNANDO DE CASTRO FERNÁNDEZ, Y AL QUE ADHIEREN LOS MAGISTRADOS EXCMA. SRA. D<sup>a</sup>. MARÍA MILAGROS CALVO IBARLUCEA Y EL EXCMO. SR. D. JESÚS SOUTO PRIETO.

Haciendo uso de la facultad conferida por el art. 260.2º LOPJ, formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso de casación 2626/2014, por disentir –con el mayor respeto y toda consideración– del criterio adoptado por la mayoría de la Sala, que acogió el recurso de casación interpuesto por la trabajadora accionante, en tanto que rechazo la pretensión de la actora – comitente en “maternidad por subrogación”– a disfrutar las prestaciones solicitadas, siquiera su cualidad de madre figure en la inscripción del Consulado General de España en Los Ángeles.

PRIMERO: *El prevalente interés del menor como ratio decidendi*. 1.– Sostiene el texto mayoritario que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos [Sentencias «Mennesson», «Labassee» y «Paradiso y Campanelli»] pasan a un primer plano en la «interpretación integradora» de la normativa aplicable [ arts. 45.1 y 48.4 ET ; arts. 133 bis y 133 ter LGSS/1994 ; y art. 2 RD 295/2009 ], hasta el punto de que «[d]e no otorgarse la protección por maternidad –atendiendo a la doble finalidad que tiene... – al menor nacido tras un contrato de gestación por subrogación, se produciría una discriminación en el trato dispensado a éste, por razón de su filiación, contraviniendo lo establecido en los artículos 14 y 39.2 de la Constitución, disponiendo este último precepto que los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley, con independencia de su filiación».

Discrepo de tal aserto, en primer porque ha de tenerse en cuenta que las afirmaciones que sobre el prevalente «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 conforme a 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 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 su juicio– que se utilice como argumento el «interés del menor»; si los «padres por subrogación» desean protegerlo –sostiene la Sala– que 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 –dice– 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).

3.– Porque lo cierto es –no nos llamemos a engaño– que lo que está en juego en las presentes actuaciones no es tanto el «interés del menor», cuanto el « status » de «padres» a los comitentes en la gestación subrogada tradicional [otra cosa habría de afirmarse sobre la subrogación «gestacional»]. La actora –en el caso de autos– podría obtener el reconocimiento de su derecho y la protección del interés del menor acudiendo a la adopción, pero no lo hace, porque lo que pretende con el planteamiento del debate –a lo que entiendo– no es prioritariamente defender el beneficio del recién nacido, que se puede satisfacer por vía alternativa señalada, sino que más bien se reclama –y este ha sido 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.

SEGUNDO: *Inviabilidad 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 las excepcionales vías de aplicación analógica o –si se quiere– de una interpretación extensiva equivalente a aquella. Y la imposibilidad de tal aplicación o interpretación se justifica con argumentos que paso a exponer.

2.– En cuanto a la tentación de hacer una interpretación extensiva, baste con 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 el 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 –».

3.– De otra parte tampoco existe laguna que llenar, porque se trata de un supuesto ilegal. 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 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».

4.– Asimismo, 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.

5.– 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 citada STS de 06/Febrero/14 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.

Y no olvidemos la afirmación efectuada más arriba –FJ Primero, apartado “2”–, que suscribo en su integridad y que a mi juicio es aplicable al criterio mayoritario de que discrep, en la que la Sala Primera proscribe 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. Ciertamente que puede ser probable la conveniencia o necesidad de que la materia de que tratamos –«maternidad subrogada»– deba ser reformada, y también es posible que se llegue a la revisión de su radical prohibición, pero éste es un problema que ha de ser abordado 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 desbordan la ponderada y discrecional aplicación de la ley.

6.– 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.

TERCERO: *Reflexiones adicionales.*– 1.– Asimismo no parece estar de más tener en cuenta que se presenta solución opuesta a la deseable 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; y sin que al efecto quepa olvidar que las posibilidades de adopción alcanzan incluso 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 raptura.

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.

2.– De otra parte no parece del todo ajena a la solución debida el elemento interpretativo de la «realidad social», pues si bien es notoria la existencia de un colectivo que defiende e incluso acomete tal actuación –«maternidad subrogada»– 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».

Es más, 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.

CUARTO.– La validez de la inscripción en el Registro Consular como posible cuestión prejudicial.– 1.– 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 Los Ángeles, 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 el Pleno de la Sala Primera en la tan citada STS 06/02/14, 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 resulta «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».

2.– Supone ello –en aplicación de la citada jurisprudencia civil– que a los efectos prestacionales objeto de debate no puede darse validez a la maternidad que se atribuye a la actora en la inscripción de nacimiento obrante en el Registro del Consulado General de España en Los Ángeles, al derivar de un contrato nulo por contrariar el orden público español, con lo que por fuerza ha de excluirse que nos hallemos ante una situación protegida de las que refiere el art. 133 bis LGSS /1994 . Y ello sin que – conforme a lo precedentemente he indicado y en atención a eses mismo orden público– sea factible llevar a cabo una interpretación extensiva o aplicación analógica del precepto, máxime cuando el interés del menor en el que tanto insiste la sentencia de que discrepo –con base en la doctrina ya citada del TEDH– y la situación de desprotección que las referidas prestaciones intentan paliar, pueden tener razonable y posible atención con la medida legal –la adopción– a la que se refiere la Sala Primera en las resoluciones atinentes al caso.

En razón a todo lo indicado, entiendo que el recurso de la trabajadora debió haberse rechazado y en consecuencia la Sala debiera haber confirmado la sentencia –desestimatoria de las pretensiones de la demanda– dictada por el TSJ de Madrid en 07/Julio/2014 [rec. 142/14 ].

Madrid, a 16 de noviembre de 2016

VOTO PARTICULAS QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. JOSÉ MANUEL LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA, Y AL QUE SE ADHIEREN LOS MAGISTRADOS EXCMA. SRA. D<sup>a</sup> MARÍA MILAGROS CALVO IBARLUCEA, EXCMO. SR. D. JOSÉ LUIS GILOLMO LÓPEZ Y EXCMO. SR. D. JESÚS SOUTO PRIETO, DE CONFORMIDAD CON LO ESTABLECIDO EN EL ART. 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 3146/2014.

De conformidad con lo establecido en el art. 260.2º LOPJ, formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso de casación para unificación de doctrina nº 3146/2014, 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 los argumentos que el mismo da por considerarlos muy acertados en todos los aspectos. No obstante quiero formular otros argumentos contrarios a la sentencia de la mayoría de la que discrepo porque ha obviado pronunciarse sobre la validez del contrato suscrito entre la recurrente y la madre de alquiler con lo que ha incurrido en incongruencia omisiva y ha rechazado la existencia de fraude de ley en la producción de los hechos. Interesa dejar constancia de que la cuestión a resolver es la de si, dados los hechos probados, se causa la prestación que reconoce la sentencia de la que discrepo, dejando a un lado cuestiones de conveniencia de una reforma legal que de nueva regulación a estos casos de maternidad subrogada, pues el juez no puede sustituir al legislador cuando la norma establece una clara prohibición. Por ello el problema se ciñe a determinar si de un hecho contrario a lo dispuesto en la Ley puede derivarse el reconocimiento de una prestación por maternidad y la respuesta debe ser negativa.

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 por 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 reiterados en la sentencia de suplicación y por el INSS al impugnar los recursos interpuestos contra ellas reproduciendo esos argumentos e insistiendo en que de la prohibición del art. 10.1º 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 madre que no tiene en su vientre al hijo que es gestado y parido por otra contratada al efecto, la prestación por maternidad es causada por quien hizo y pagó el encargo. En efecto, la sentencia reconoce que el art. 10 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 con arreglo a la ley no es la madre.

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 art. 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 a quien, legalmente, no es la madre, sin argumentar nada al respecto con lo que incurre en incongruencia omisiva, al no argumentar porque, prácticamente, reconoce la filiación a quien no es madre según la ley. Ahí radica la incongruencia de la sentencia: funda su decisión en la protección del menor, pero luego no da la prestación al menor, sino a quien legalmente no es su madre. Esta solución equivale a inaplicar, sin fundamentar esa decisión, el art. 10 de la Ley 14/2006.

Además, en su fundamentación (Fundamento Noveno-2 apartado octavo) se pretende robustecer la solución que da en el hecho de que “el menor figura inscrito en el Consulado General de España en Los Ángeles, habiéndose formulado la inscripción el 15 de agosto de 2013, sin que la misma haya sido impugnada”. 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”, filiación que en el presente caso no se puede reconocer en favor de quien figura como madre porque consta que el hijo inscrito no era de ella, sino de una madre de alquiler que fue quien debió figurar como tal en la inscripción (art. 167 del Reglamento del Registro Civil en relación con el art. 10-2 de la Ley 14/2006). La sentencia del Tribunal de California carece de valor a estos efectos por no poder obtener *exequátur*, conforme al artículo 523 de la ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el artículo 654 de la LEC de 1881 por ser contraria al orden público español (por mucho que pretendiera “atenuarse” el concepto de orden público), preceptos hoy sustituidos por los artículos 14 y 46-1 de la Ley 29/2015, de Cooperación Jurídica Internacional, que igualmente prohíben la ejecución en España de las resoluciones de Tribunales de otros países que sean contrarias al orden público nacional, cual ocurre con la que nos ocupa.

Es más, resulta extravagante, es decir, “fuera del orden o común modo de obrar” (DRAE), que la decisión mayoritaria, en la práctica, otorgue fuerza ejecutiva, a efectos prestacionales de la Seguridad Social española, a una sentencia extracomunitaria, dictada por la Corte Suprema de California el 4-4-2013, que reconoce incluso nombre y apellidos a un nasciturus alumbrado al fin el NUM000-2013, cuando el propio derecho comunitario permitía (art. 34 del Reglamento CE nº 44/2001, hoy derogado), y aún lo hace en la actualidad, aunque con más cautelas (art. 45.1-a del Reglamento UE nº 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012), a los Estados de la UE no reconocer aquella fuerza ejecutiva a las decisiones judiciales de otros Estados de la propia Unión en el caso de que las mismas fuesen manifiestamente contrarias al orden público del miembro requerido de tal reconocimiento; sorprende, pues, que, por el contrario, ese reconocimiento sí se produzca aquí respecto a resoluciones judiciales extracomunitarias, de manera incondicionada, sin matices, y empleando para ello el argumento (“inefable”, según algún cualificado sector doctrinal) del “interés superior del menor”, sacándolo del contexto en el que ha sido entendido por las sentencias del TEDH que cita la decisión mayoritaria.

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 sin 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 de la Ley 14/2006) pudo nacer el derecho a una prestación de la Seguridad Social y porqué.

**TERCER:– 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 art. 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, la actora no podía ser reconocida como madre, pues la filiación, por imperativo legal, correspondía a la mujer que gestó y parió al niño.

2. Caso de no estimarse lo anterior la solución sería la misma porque, conforme a la doctrina jurisprudencial, “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 amparao 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 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 actora materna la determine el parto, la actora para burlar esa prohibición ha ido a un país donde se permite la gestación por sustitución y conseguido 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 pueda impugnar la validez de la inscripción

registral y la filiación por contraria al orden público español cuando le piden pagar una prestación con base en ella, cual ha sucedido en el presente caso sin que la sentencia de la que discrepo haya examinado esa cuestión, lo que es incongruente.

No procede aquí calificar la filiación, pero si determinar que esas actuaciones contrarias a la Ley y fraudulentas no puede 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, máxime cuando la renuncia a la filiación de la madre biológica es nula de pleno derecho ( art. 10 de la ley 14/2006 y 6, números 2 y 3 del Código Civil, y no puede, por ende, dar cobertura legal al reconocimiento de la prestación por maternidad.

**COROLARIO:** El recurso debió ser desestimado por no ser válidos los actos en contra de lo producir los efectos aquí pretendidos ( art. 6.4º Cc), por cuanto la omisión de la maternidad subrogada en el art. 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.

Frente a las anteriores conclusiones no valen consideraciones de equidad, pues el art. 3.2º Cc 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 análogicas con base en el art. 4 Cc 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 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 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. 53.3º CE en relación con el 39 de la misma. Por ello, la prestación de maternidad no se puede reconocer a la madre que no tiene esa condición 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, 17 de noviembre de 2016