

SENTENCIA DEL TSJ DE VIZCAYA DE 13-05-2014 SOBRE SUBSIDIO POR MATERNIDAD EN CASO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

RESUMEN

Recurso de Suplicación interpuesto por el INSS, contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Bilbao, de 13-1-2014, dictada en proceso sobre Seguridad Social y entablado por María Angeles frente al ahora también recurrente y la TGSS.

María Angeles con fecha de 9-9-2013 solicitó la prestación de maternidad.

Por resolución administrativa de 10-9-2013 el INSS deniega la prestación solicitada por no encontrarse la solicitante en ninguna de las situaciones protegidas a efectos de la prestación de maternidad.

Entre el 20-6-2013 y el 4-11-2013 la actora estuvo en situación de IT por contingencias comunes, con el diagnóstico de trastorno de ansiedad.

La actora acudió al Condado de San Diego en el estado de California (EE.UU.) al objeto de concertar una "gestación por sustitución" según las técnicas de reproducción humana asistida fruto de la cual, nacieron un niño Landelino y una niña Caridad, en Pomerado Hospital, Condado de San Diego.

Por la Corte Superior de Justicia del estado de California, se dictó resolución en fecha de 1-5-2012, en la que se declara que María Angeles es la única progenitora legal de los niños, atribuyendo a María Angeles la custodia legal y física de los niños.

El 25-6-2013 se presentaron ante el Registro Civil Consular de España en Los Ángeles, solicitudes de inscripción de nacimiento referidas a los recién nacidos Landelino y Caridad.

La parte dispositiva de la sentencia de instancia dice:

"Estimando íntegramente la demanda presentada por María Angeles frente a INSS y TGSS, se reconoce el derecho de la actora a la prestación de maternidad condenando a la entidad gestora a estar y pasar por tal declaración y al abono de la prestación sobre una base reguladora mensual de 3.425,70 euros".

El INSS formalizó el Recurso de Suplicación.

María Angeles solicitaba en la demanda origen de las actuaciones en curso que se le reconociese la prestación de maternidad y conforme a una base reguladora mensual de 3.425,70.

La sentencia de 31-1-2014 y del Juzgado de referencia, desestimó íntegramente su reivindicación.

Como señala el TS en la sentencia de 11-10-2011, para que la denuncia del error en la apreciación de la prueba pueda ser estimada, es necesario que concurren, entre otros, el requisito de que tal hecho tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia.

Existe determinada jurisprudencia por parte del TSJ de la UE, que nos vemos obligados a acatar, visto su origen, en relación a la denominada **maternidad por sustitución**, y desde el punto de vista del derecho o no a la prestación aquí también controvertida. Se trata en concreto de dos sentencias, ambas de 18-3-2014.

La primera de ellas nos parece más concluyente en cuanto al tema que hoy nos ocupa. Afirma lo que sigue:

*"1) La Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19-10-1992, 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 debe interpretarse en el sentido de que **los Estados miembros no están obligados en virtud del artículo 8 de esa Directiva a conferir un permiso de maternidad a una trabajadora, en su calidad de madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución, incluso cuando puede amamantar a ese niño tras su nacimiento o lo amamanta efectivamente.***

*2) El artículo 14 de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5-7-2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, puesto en relación con el artículo 2, apartados 1, letras a) y b), y 2, letra c), de esa Directiva, debe interpretarse en el sentido de que **el hecho de que un empleador deniegue un permiso de maternidad a una madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución no constituye una discriminación basada en el sexo.**"*

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

Sobre este aspecto se concluye que:

*"La Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27-11-2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, debe interpretarse en el sentido de que **no constituye una discriminación por motivo de discapacidad el hecho de denegar la concesión de un permiso retribuido***

equivalente a un permiso de maternidad o un permiso por adopción a una trabajadora incapacitada para gestar a un niño y que ha recurrido a un convenio de gestación por sustitución.

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

Sin perjuicio de lo anterior, la sentencia del TS de 6-2-2014 va en similar dirección, en el sentido de dejar sin efecto la Instrucción de 8-2-2009, de la Dirección General de los Registros y Notariado, y que aunque no afecta a la posterior de 5-10-2010 y reseñada por Sra. María Angeles para amparar su tesis, aparecen íntimamente relacionadas en lo que se refiere a su génesis y contenido.

FALLO

Se estima el Recurso de Suplicación formulado por el INSS, contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Bilbao de 13-1-2014; la cual debemos también revocar y declaramos ajustada a derecho la resolución de 9-9-2013. Sin costas.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que deberá prepararse dentro de los 10 días hábiles siguientes al de su notificación.

VER SENTENCIA

<http://www.lapirenaicadigital.es/SITIO/SENTENCIATSJVIZCAYA13052014.pdf>

VER OTRAS SENTENCIAS SOBRE SEGURIDAD SOCIAL

<http://www.lapirenaicadigital.es/SITIO/SENTENCIASSS.html>