

STS de 14 de diciembre de 2017, recurso 2066/2016

Contrato de gestación por sustitución: derecho a la prestación por maternidad por adopción (acceso al texto de la sentencia)

Se plantea si procede la prestación por maternidad a favor de un trabajador que aparece inscrito en el Registro Civil del Consulado General de España en Chicago como padre de un niño nacido de una madre biológica que renunció a la filiación materna, en un supuesto en que el otro progenitor registral es su marido, habiendo recurrido ambos a la técnica de reproducción asistida de gestación por sustitución. **El TS considera que sí hay derecho a la prestación de maternidad**, fundamentándose en los siguientes argumentos:

- La nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución (art. 10 de la *Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*), no supone que al menor que nace en tales circunstancias se le prive de determinados derechos. **Hay que distinguir dos planos perfectamente diferenciados: el del contrato de gestación y su nulidad legalmente establecida; y la situación del menor, al que no puede perjudicar la nulidad.** En nuestro ordenamiento laboral se reconocen en determinados supuestos 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 nulo -art. 9.2 ET-, en el supuesto de la pensión de viudedad y los matrimonios nulos...). Por ello no debe resultar extraño que aquí los efectos que favorecen a los neonatos puedan ser reconocidos.
- **El art. 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, *Mennesson y Labasse* contra Francia, si bien no se refieren a las prestaciones por maternidad expresamente **toman 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. Principio este que ha de servir para la interpretación de las normas referidas a la protección de la maternidad.
- Como señala la STS de 6 de febrero de 2014, el TEDH 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 la protección jurídica que haga posible la integración del niño con su familia. En este supuesto, **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". En consecuencia, debe protegerse este vínculo, **siendo un medio perfectamente idóneo para ello la concesión de la prestación por maternidad.**
- De no otorgarse la protección por maternidad 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 arts. 14 y 39.2 de la Constitución**, disponiendo este último que los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley con independencia de su filiación.

Tanto el art. 48.4 ET como la normativa de Seguridad Social en materia de maternidad forman parte del desarrollo del mandato constitucional -art. 39- 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.

- El art. 2.2 del *Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural*, dispone que **se consideran jurídicamente equiparables a la adopción y al acogimiento, aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y el acogimiento, cualquiera que sea su denominación**. Podría pensarse que la posición de los progenitores en los casos de maternidad subrogada es similar a la que, también como progenitores, ocupan aquellos que se hallan en supuestos de adopción o acogimiento. Sin duda, en algunos casos puede ser así, mientras que cuando concurre la paternidad biológica de quien solicita la prestación, este recurso interpretativo es solo adicional.

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

- Cuando el padre (biológico, tras maternidad subrogada) está materialmente, junto con su cónyuge al que se le ha reconocido la prestación por paternidad, al cuidado del menor, la única forma de atender la situación de necesidad consiste en permitirle el acceso a las prestaciones. Con ello se interpretan las normas sobre prestaciones de maternidad no solo a la luz de la "realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquélla" (art. 3.1 del *Código Civil*) sino, muy especialmente, a la vista del tenor de otros preceptos apuntados en los argumentos anteriores. No se trata de violentar lo preceptuado por el legislador sino de aquilatar el alcance de sus previsiones, armonizando los diversos mandatos confluyentes.

En definitiva, **al padre biológico se le reconoce la prestación por maternidad por adopción y su cónyuge tiene derecho a la prestación por paternidad**.