

## **Reconoce el TS el derecho a la prestación por maternidad a una mujer que adoptó al hijo biológico de su cónyuge, nacido en gestación subrogada**

**Se discute en el litigio sobre el derecho a la prestación por maternidad de la mujer que adopta al hijo biológico de su cónyuge en un supuesto en que el nacimiento se produce a través de la gestación subrogada; el padre biológico ha disfrutado de la prestación de maternidad; desde su nacimiento, los esposos han convivido con el menor; el nacimiento es posterior a la LO para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres de 2007, pero anterior a las modificaciones introducidas en 2019 en el ET y en la LGSS.**

Señala el Tribunal que la convivencia entre adoptante y menor no impide el nacimiento del derecho a disfrutar la prestación, pues la previa convivencia al momento de constituirse la adopción no figura entre los supuestos de denegación. Por otro lado, afirma, que la “gestación subrogada” es inocua a los efectos de lucrar la prestación por adopción. Asimismo, el menor puede generar dos prestaciones sucesivas, sin que el legislador haya dispuesto que el percibo de la prestación por parto excluya la de la adopción. Concluye la Sala que, durante la vigencia de las normas anteriores a la reforma de 2019, la adoptante del hijo biológico de su cónyuge tiene derecho a la prestación asociada a tal acontecimiento, aunque el padre biológico haya disfrutado de la prestación correspondiente y hubiera habido convivencia familiar desde el nacimiento, fruto de la gestación subrogada.

### **TRIBUNAL SUPREMO**

#### **Sala de lo Social**

#### **SENTENCIA 997/2022, DE 21 DE DICIEMBRE DE 2022**

RECURSO DE CASACIÓN Núm: 3763/2019

Ponente Excmo. Sr. ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO

En Madrid, a 21 de diciembre de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D.ª Erica, representada y defendida por el Letrado Sr. Martínez de la Hidalga López, contra la sentencia n.º 1198/2019 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 18 de junio, en el recurso de suplicación n.º 976/2019, interpuesto frente a la sentencia n.º 114/2019 de 15 de marzo, dictada por el Juzgado de lo Social n.º 11 de Bilbao, en los autos n.º 719/2018, seguidos a instancia de dicha recurrente contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, sobre reconocimiento de prestación de maternidad.

Ha comparecido en concepto de recurrido el Instituto Nacional de la Seguridad Social, representado y defendido por la Letrada Sra. Leva Esteban.

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

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Con fecha 15 de marzo de 2019, el Juzgado de lo Social núm. 11 de Bilbao, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por D.ª Erica frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social debo dejar y dejo sin efecto la resolución del INSS de fecha 14 de Agosto de 2018 y la

que la confirma de 10 de Octubre de 2018, declarando el derecho de la demandante a que le sea reconocida la prestación de maternidad con efectos a 22 de Junio de 2018, sin hacer imposición de costas".

Los hechos probados a tener en cuenta para resolución del presente recurso son los formulados como tales por la sentencia del Juzgado de lo Social, con la revisión aceptada por la sentencia de suplicación respecto del HP 1.º, 6.º. El resultado de ello es el siguiente:

"1.º.- Dña. Erica obtuvo la adopción del menor Salvador por Auto de 21 de Mayo de 2018, dictado por el Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Bilbao. La adoptante es la esposa de D. Silvio padre biológico del menor adoptado Salvador, y desde el nacimiento de éste, producido el 13/9/2017, conviven todos en un mismo domicilio, desempeñando la actora de facto y desde entonces, las labores y la responsabilidad de una madre.

2.º.- La citada Dña. Erica presentó, tras ello, solicitud de prestación por maternidad que fue desestimada por el INSS en virtud de resolución de 14 de Agosto de 2018 "por no encontrarse en ninguna de las situaciones protegidas a efectos de la prestación de maternidad".

3.º.- Interpuesta reclamación previa en fecha 8 de Octubre de 2018 contra dicha resolución, la misma fue desestimada por nueva resolución de 10 de Octubre que confirmaba aquélla añadiendo que "no procede reconocer el derecho a la prestación de maternidad adoptiva en el supuesto en que el adoptado es hijo del cónyuge del adoptante aunque no se haya producido la prestación por maternidad biológica, toda vez que está presente la situación de necesidad en la que reposa, que incluye únicamente los supuestos en que el adoptado se incorpora por primera vez a una nueva unidad familiar y ello no se da cuando éste es el hijo del cónyuge del adoptante.

4.º.- De estimarse la solicitud de prestación, la misma ascendería a una base reguladora de 8626 euros diarios durante un plazo de 112 días.

5.º.- Al serle notificada la denegación inicial de su solicitud, la demandante no faltó a su puesto de trabajo sino que continuó trabajando.

6.º.- Mediante resolución del INSS de 26/12/2017, se reconoció al esposo de la actora, D. Silvio, una prestación por maternidad entre el 13/09/2017 y 02/01/2018, a consecuencia del nacimiento de su hijo D. Salvador".

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, dictó sentencia con fecha 18 de junio de 2019, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimamos el Recurso de Suplicación formulado por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. Once de los de Bilbao, de 15 de marzo de 2019, dictada en el procedimiento 719/2018; la cual debemos también revocar, y declaramos, en consecuencia, la firmeza de la resolución de 14 de agosto de 2018, en virtud de la cual se le denegó a D.ª Erica la prestación de maternidad. Sin costas".

TERCERO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, el Letrado Sr. Martínez de la Hidalga López, en representación de D.ª Erica, mediante escrito de 31 de julio de 2019, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 3 de octubre de 2014 (rec. 117/2014). SEGUNDO.- Se alega la infracción del art. 48.5 ET.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 21 de septiembre de 2020 se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar procedente el recurso.

SEXTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 21 de diciembre actual, en cuya fecha tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes y alcance del debate casacional.

Se discute sobre el derecho a prestación por maternidad de la mujer que adopta al hijo biológico de su cónyuge teniendo en cuenta que: 1) El nacimiento se produce a través de la conocida como "gestación subrogada" y la madre renunció a su patria potestad; 2.º) El padre biológico ha disfrutado de la prestación de maternidad; 3.º) Desde su nacimiento, los esposos han convivido con el menor; 4.º) El nacimiento es posterior a la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres de 2007 (LOI), pero anterior a las modificaciones introducidas en 2019 tanto en el Estatuto de los Trabajadores (ET) cuanto en la Ley General de Seguridad Social (LGSS).

### 1. Hechos relevantes.

A los efectos que aquí interesa, los datos fácticos a tomar en consideración son relativamente sencillos y su ordenación cronológica muestra lo siguiente:

( NUM001 2017) Nace el hijo biológico del esposo de la demandante (por gestación subrogada) y desde ese momento los cónyuges conviven con él. La esposa desempeña, de facto y desde entonces, las labores y la responsabilidad de una madre.

(13 noviembre 2017) La madre biológica presta su consentimiento para la adopción.

(26 diciembre 2017) El INSS reconoce al padre una prestación por maternidad.

(21 mayo 2018) El Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Bilbao dicta Auto concediendo a la actora la adopción solicitada.

(14 agosto 2018) El INSS desestima la solicitud de prestación por maternidad formulada por la demandante, "por no encontrarse en ninguna de las situaciones protegidas a efectos de la prestación de maternidad de acuerdo con lo previsto en los artículos 177 y 318 y en la Disposición Adicional Primera del Real Decreto Legislativo 8/ 2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social y en los artículos 2 y 3 del RD 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".

(agosto 2018) Al serle notificada la Resolución desestimatoria, la trabajadora no faltó a su puesto de trabajo, sino que continuó trabajando.

(10 octubre 2018) El INSS desestima la reclamación previa interpuesta exponiendo que "no procede reconocer el derecho a la prestación de maternidad adoptiva en el supuesto en que el adoptado es hijo del cónyuge del adoptante aunque no se haya producido la prestación por maternidad biológica, toda vez que está presente la situación de necesidad en la que reposa, que incluye únicamente los supuestos en que el adoptado se incorpora por primera vez a una nueva unidad familiar y ello no se da cuando éste es el hijo del cónyuge del adoptante.

### 2. Sentencias recaídas en el procedimiento.

A) Mediante su sentencia 114/2019 de 15 marzo el Juzgado de lo Social n.º 11 de Bilbao estima la demanda y declara el derecho de la demandante a que le sea reconocida la prestación de maternidad con efectos 22 de junio de 2018.

Invoca el tenor de los artículos 48.5 ET y 117 LGSS, así como las previsiones de la LOI, argumentando que la doctrina de la STS 15 septiembre 2010 (rcud. 2289/2009) aboca a posibilitar que el mismo sujeto (recién nacido) pueda generar dos distintas prestaciones, una por maternidad y otra por adopción.

Asimismo, razona que la incorporación de la trabajadora a su actividad laboral no comporta renuncia de su derecho, sino lógica reacción ante una situación de ausencia de ingresos.

Respecto de la existencia de una gestación subrogada, invoca la STS de 16 noviembre 2016 (rcud. 3818/2015) y posteriores análogas para poner de relieve que la finalidad de protección al menor debe primar sobre el carácter nulo del contrato dirigido a tal finalidad.

B) La STSJ País Vasco 1198/2019 de 18 junio, ahora recurrida, estima el recurso de suplicación (rec. 976/2019) interpuesto por el INSS y la TGSS. Razona que no es posible que por un mismo hijo ambos miembros de la pareja tengan derecho a la prestación.

Además, la adopción formal no coincidió con el inicio de la convivencia con la niña, que en definitiva constituye el hecho causante que justifica el derecho a la prestación controvertida. La demandante convivió con la niña desde su nacimiento, es decir, la pareja de hecho y la unidad de convivencia ya existía cuando nació la niña, por lo que sólo cabría una única prestación por maternidad, ya causada por la pareja de la aquí demandante

Accede a esa conclusión a partir de la interpretación de los 177 y 178 LGSS, así como del 48.5 ET, todos ellos en la redacción aplicable por razones cronológicas.

Descarta la traslación al caso de la doctrina acuñada por la STS 15 septiembre 2010 (rcud. 2289/2009), porque ahora estamos ante un caso de maternidad subrogada y, además, no puede considerarse jurisprudencia una sola sentencia (por referencia a la STS /2016 de 25 octubre).

### 3. Recurso de casación unificadora y escritos concordantes.

A) Contra la anterior sentencia formaliza el presente recurso de casación para la unificación de doctrina la demandante invocando como contradictoria la sentencia del TSJ de Madrid de 3 octubre 2014 (rec. 117/2014). Mediante su escrito, fechado el 31 de julio de 2019, plantea como motivo de contradicción el reconocimiento de dos prestaciones de maternidad que han sido generadas por el mismo menor.

B) A través de su escrito de 21 de octubre de 2020 la Letrada de la Administración de la Seguridad Social ha impugnado el recurso, reiterando los argumentos de la sentencia recurrida.

C) La representante del Ministerio Fiscal ante esta Sala Cuarta ha emitido el Informe contemplado en el artículo 226.3 LRJS. A través de su escrito de 19 de noviembre de 2020 considera concurrente la contradicción y procedente el recurso. Subraya que la doctrina de la STS de 15 de septiembre 2010 (rcud. 2289/2009), invocada por las sentencias enfrentadas es más acorde con la referencial. A partir de la adopción es cuando se produce la integración del menor en su nueva familia y es cuando surge la verdadera situación de necesidad.

### 4. Regulación aplicable.

Teniendo en cuenta que el nacimiento del menor se produce a fines de 2017 y la adopción en mayo de 2018, las normas que inciden directamente sobre la cuestión suscitada son las siguientes.

A) Estatuto de los Trabajadores.

El artículo 48 ET disciplina la "suspensión con reserva de puesto de trabajo" y en su apartado 5 dispone lo siguiente:

5. En los supuestos de adopción, de guarda con fines de adopción y de acogimiento, de acuerdo con el artículo 45.1.d), la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliable en los supuestos de adopción, guarda con fines 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 de guarda con fines de adopción o de acogimiento, sin que en ningún caso un mismo menor pueda dar derecho a varios periodos de suspensión.

[...]

En caso de que ambos progenitores trabajen, el periodo de suspensión se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, siempre con periodos ininterrumpidos y con los límites señalados.

Por su lado, el apartado 7 del mismo precepto regulaba la suspensión del contrato por paternidad del siguiente modo:

7. En los supuestos de nacimiento de hijo, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento de acuerdo con el artículo 45.1.d), el trabajador tendrá derecho a la suspensión del contrato por paternidad durante cuatro semanas ininterrumpidas, ampliables en los supuestos de parto, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples en dos días más por cada hijo a partir del segundo. Esta suspensión es independiente del disfrute compartido de los periodos de descanso regulados en los apartados 4 y 5.

B) Ley General de la Seguridad Social.

El artículo 177 LGSS disciplina las "situaciones protegidas" en el Capítulo alusivo a la "Maternidad" y dispone lo siguiente:

A efectos de la prestación por maternidad prevista en esta sección, se consideran situaciones protegidas la maternidad, la adopción, la guarda con fines de adopción y el acogimiento familiar, 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, durante los periodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en los apartados 4, 5 y 6 del artículo 48 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores [...].

Por su lado, el artículo 183 aborda la "situación protegida" en Capítulo dedicado a la "Paternidad" y dispone lo siguiente:

A efectos de la prestación por paternidad, se considerarán situaciones protegidas el nacimiento de hijo, la adopción, la guarda con fines de adopción y el acogimiento, 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, durante el periodo de suspensión que, por tales situaciones, se disfrute de acuerdo con lo previsto en el artículo 48.7 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores [...].

SEGUNDO.- Análisis de la contradicción.

Por constituir un presupuesto procesal de orden público, cuya concurrencia debemos controlar de oficio, debemos analizar la concurrencia del requisito pedido por el artículo 219.1 LRJS.

1. La exigencia legal.

El artículo 219 LRJS exige para la viabilidad del recurso de casación unificadora que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser (a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo) una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las

resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales".

Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales.

## 2. Sentencia referencial.

A efectos comparativos el recurso identifica como sentencia de contraste la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Madrid el 3 de octubre de 2014 (ec. 117/2014) que resuelve un asunto en relación a la prestación de maternidad por adopción múltiple que pedía la demandante y que el Juzgado estimó en su integridad.

Invocando la jurisprudencia unificadora, entiende que no es óbice a tal prestación el hecho de que el cónyuge de la demandante y padre biológico de los gemelos adoptados, hubiese disfrutado del permiso de paternidad a la fecha del nacimiento de estos, un año antes, a diferencia del INSS, que considera que ello solo cabría en el caso de que la integración familiar en la familia adoptante se produjera en familia distinta de la del padre biológico y madre adoptante. Sostiene que la doctrina acuñada por la STS 15 septiembre 2010 sigue siendo válida pues la normativa posterior no ha cambiado sustancialmente.

Razona que la demandante se halla en situación de alta en el Régimen General de la Seguridad Social, sin que conste que no reúna el periodo de cotización requerido. En la normativa reguladora de la prestación de maternidad no aparece como requisito que la menor adoptada no se encuentre incorporada e integrada a la unidad familiar con anterioridad al inicio del periodo de descanso por maternidad y entre los supuestos de denegación, anulación y suspensión del derecho no figura la circunstancia de que la menor hubiera convivido con la adoptante con anterioridad al inicio del descanso por maternidad y solicitud de la correspondiente prestación.

## 3. Contradicción existente.

Existe contradicción entre las sentencias comparadas. En ambos supuestos se trata de trabajadoras que han adoptado al hijo biológico (dos en el caso referencial) de su cónyuge, tras un periodo previo de convivencia con el mismo y solicitan la prestación por maternidad, siéndole denegada por el INSS, habiendo llegado las sentencias comparadas a resultados contradictorios pues, en tanto la sentencia recurrida entiende que no procede tal prestación, la de contraste la concede en los términos pedidos.

No obsta a esa conclusión que en nuestro caso exista un supuesto de maternidad subrogada, al que la sentencia recurrida alude por "las peculiaridades que conlleva", aunque sin concretarlas.

Y lo cierto es que las sentencias comparadas abrazan soluciones contradictorias. La recurrida entiende que la actora no tiene derecho a la prestación de maternidad por haberla disfrutado el esposo. La contrastada llega a la solución contraria, tras haber disfrutado el padre biológico el permiso de paternidad.

Determinar si esta disparidad (previo disfrute de prestación por maternidad o por paternidad) elimina la identidad de problemas solo es posible hacerlo tras el estudio a fondo del caso. Adelantemos que nuestro resultado es concordante con la valoración del Ministerio Fiscal: no se ha roto la identidad de problemas.

Se discrepa, en suma, sobre si en caso de adopción por maternidad del hijo biológico del cónyuge, hay o no derecho a la prestación por maternidad, cuando previamente ha habido un periodo de



convivencia entre adoptante y adoptado y el padre había disfrutado de subsidio anudado al nacimiento de su hijo.

TERCERO.- Doctrina de la Sala.

Al examinar la contradicción entre las resoluciones opuestas por la recurrente (Fundamento Segundo) y al exponer los términos del debate (Fundamento Primero) ha quedado patente que las diversas posiciones, aún contradictorias, reclaman su concordancia con la doctrina jurisprudencial de esta Sala Cuarta. En consecuencia, resulta obligado recordar su verdadero alcance.

1. La STS 15 septiembre 2010 (rcud. 2289/2009 ).

A) Tanto la sentencia recurrida como la referencial, se refieren a la STS de 15 de septiembre 2010 (rcud. 2289/2009) si bien interpretándola de forma diferente.

La STSJ País Vasco recurrida entiende que estamos ante un supuesto diferente, por la concurrencia de la maternidad subrogada, dato que no ocurre en la STS de 2010. La referencial, por su lado, considera trasladable al caso aquella doctrina de 2010.

B) Se debatía en ese procedimiento sobre la prestación de maternidad a favor de la madre adoptiva, unida legalmente como pareja de la madre biológica, cuando previamente ha habido convivencia entre adoptante y adoptada. La demandante presentó solicitud de prestación de maternidad, por adopción de una menor, siéndole denegada la prestación por resolución del INSS de 19 de julio de 2006, confirmada el 21 de noviembre de 2006, al estar la menor ya incorporada e integrada en la unidad familiar, por lo que se considera que no existe la necesidad de integración en la que se basa el descanso maternal por adopción o acogimiento.

La menor nació el NUM000 de 2001 y es hija biológica de otra mujer con quien la demandante formaba pareja estable, según consta en acta notarial de 27 de febrero de 2006, aunque iniciaron la convivencia en 2004.

Por resolución del Juzgado de Primera Instancia n.º 19 de Barcelona de 6 de junio de 2006 se acordó la adopción de la menor por la recurrente en casación para la unificación de doctrina en condición de madre.

La madre biológica de la menor, Dña. Socorro, disfrutó en su momento del correspondiente permiso de maternidad.

C) La sentencia de suplicación entonces casada y anulada "entendió que, dado que la razón de ser del permiso de adopción es que la persona adoptante y el niño adoptado tengan un contacto humano en los primeros momentos de la adopción que facilite su integración en la nueva familia y en la nueva situación, y tal circunstancia no concurre en el caso examinado pues desde el año 2004 ya se había dado la misma, la prestación solicitada carece de razón de ser, aunque se cumplan los requisitos formales establecidos en el ordenamiento jurídico", añadiendo, por otra parte, que la prestación de maternidad solicitada ya había sido consumida por la madre biológica de la menor, Dña. Socorro, señalando el TSJ que, conforme a las normas (entonces) vigentes, "el permiso de maternidad puede repartirse pero no se devenga dos veces".

D) La STS de 2010, tras analizar la regulación del derecho al descanso por maternidad, y percibo de la subsiguiente prestación en caso de adopción, concluye, en lo que ahora interesa, "que entre los supuestos de denegación, anulación y suspensión del derecho no figura la circunstancia de que la menor hubiera convivido con la adoptante con anterioridad al inicio del descanso por maternidad y solicitud de la correspondiente prestación". Nuestra STS de septiembre de 2010 aplica e interpreta los artículos 45.1 d) y 48.4 ET de 1995 y el artículo 133 bis LGSS de 1994, todos ellos "en la redacción anterior a la introducida por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo", para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, pues aquella era la redacción "aplicable por razones temporales".

2. La STS (Pleno) 881/2016 de 16 noviembre (rcud. 3818/2015 ).

La STS (Pleno) 881/2016 de 16 noviembre (rcud. 3818/2015) examina el problema de si la denominada "maternidad subrogada" es una situación protegida por nuestro sistema de Seguridad Social, en particular respecto de quien ha instado ese método de reproducción asistida y aparece como padre tanto biológico cuanto registral. Desestima el recurso del INSS y considera acertada la doctrina de la sentencia recurrida ( STSJ Cataluña 5214/2015, de 15 septiembre), que había reconocido al actor el derecho a percibir la prestación de maternidad, condenando al INSS al pago del 100% de la base reguladora durante 18 semanas, al tratarse de un parto múltiple, así como el subsidio especial por cada hijo a partir del segundo durante el periodo de 6 semanas inmediatamente posteriores al parto con efectos del 31 de octubre de 2013. Recordemos sus líneas argumentales:

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

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

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

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

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

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

3. La STS (Pleno) 685/2020 de 21 julio (rcud. 4015/2017 ).

A) Especial interés tiene para nuestro caso la STS (Pleno) 685/2020 de 21 julio (rcud. 4015/2017), puesto que aborda un asunto similar al actual: "si se tiene derecho o no a la prestación de maternidad (pretensión principal) o a la de paternidad (pretensión subsidiaria), en ambos casos en la regulación anterior a la vigente, en el supuesto de adopción de la hija biológica del padre de la menor, nacida en gestación por sustitución".

B) Allí el nacimiento se produce en 2015 y la adopción al año siguiente. La sentencia de suplicación recurrida es la también dictada por la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco de 3 de octubre de 2017 (rec. 1812/2017).



Examinando la regulación vigente por razones cronológicas ( apartados 4, 5 y 6 del artículo 48 ET y artículos 177 y siguientes LGSS), especialmente el tercer párrafo del artículo 48.5 ET y el artículo 48.6 ET, y teniendo en cuenta que la pareja de hecho del recurrente en casación para la unificación de doctrina disfrutó de la prestación de maternidad, la sentencia del TSJ del País Vasco alcanza la conclusión de que "no es posible que por un mismo hijo ambos miembros de la pareja tengan derecho a la prestación (de maternidad)".

La sentencia tiene en cuenta que la adopción formal de la menor por el recurrente en casación para la unificación de doctrina (mayo de 2016) "no coincidió con el inicio de la convivencia con la niña, que en definitiva constituye el hecho causante que justifica el derecho a la prestación controvertida", toda vez que el recurrente era pareja de hecho de D. Diego desde el año 2008, compartiendo vivienda con él y convivió con la menor desde su nacimiento; es decir -concluye la sentencia del TSJ del País Vasco-, "la pareja de hecho y la unidad de convivencia ya existía(n) cuando nació la niña, por lo que sólo cabría una única prestación por maternidad, ya causada por la pareja del aquí demandante".

Por lo que se refiere a la prestación por paternidad, subsidiariamente pedida por el recurrente en casación para la unificación de doctrina, la sentencia del TSJ del País Vasco, a la vista de lo previsto por el artículo 48.7, en relación con el artículo 45.1 d), ET, en la redacción entonces vigente, y los artículos 183 a 185 LGSS, concluye que "el demandante tendría derecho a la prestación por paternidad si suspendiera su contrato de trabajo".

C) Como resolución referencial la trabajadora invocó, precisamente, la ya examinada STS de 15 de septiembre 2010 (rcud. 2289/2009).

D) Nuestra STS 685/2020 concluye que las sentencias comparadas "aplican normas distintas y se dictan en contextos normativos bien diversos, no solo formalmente, sino también desde un punto de vista material, lo que lleva necesariamente a concluir que el debate jurídico no ha sido el mismo en uno y otros casos". Vale la pena que recordemos la explicación de esa conclusión, desembocante en la de desestimación del recurso por falta de contradicción:

Pues bien, la sentencia recurrida en casación para la unificación de doctrina se dicta ya tras la vigencia de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Y ocurre que, entre cosas y en lo que aquí importa, esta Ley Orgánica modificó los preceptos citados del Estatuto de los Trabajadores de 1995 para crear la nueva causa de suspensión del contrato de trabajo por "paternidad" ( artículos 45.1 d) y 48 bis. ET de 1995) y modificó la LGSS de 1994 para crear la nueva prestación de seguridad social de "paternidad" ( artículos 38.1 c) y 133 octies y siguientes LGSS de 1994). El permiso de paternidad es calificado por la exposición de motivos de la Ley Orgánica 3/2007 como "la medida más innovadora para favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral", añadiendo que "se trata de un derecho individual y exclusivo del padre, que se reconoce tanto en los supuestos de paternidad biológica como en los de adopción y acogimiento"; de forma más precisa, el nuevo artículo 48 bis ET de 1995 establece que "en los supuestos de adopción o acogimiento, este derecho (de suspensión del contrato por "paternidad") corresponderá sólo a uno de los progenitores, a elección de los interesados", y añade que "no obstante, cuando el periodo de descanso regulado en el artículo 48.4 (ET) sea disfrutado en su totalidad por uno de los progenitores, el derecho a la suspensión por paternidad únicamente podrá ser ejercido por el otro".

[...]

Basta con reiterar que en el momento en que se dictó la sentencia de contraste no existía en nuestro derecho la causa de suspensión del contrato por paternidad ni la homónima prestación de seguridad social por paternidad, lo que explica, por supuesto, que dicha prestación no se solicitara en el supuesto de la sentencia de contraste. Pero el hecho de que en la sentencia recurrida se pretendiera (de forma subsidiaria) la prestación de paternidad y de que esta sea, en los términos que ya se han

mencionado, la prestación -y no la de maternidad- efectivamente reconocida por aquella sentencia, hace ver, además de que las pretensiones no fueron las mismas ( artículo 219.1 LRJS), la relevante distancia normativa que existe con la sentencia de contraste, en la que, ciertamente porque no existía por entonces, no se pidió ni se reconoció la prestación de paternidad, girando el debate en exclusiva sobre la prestación de maternidad, prestación esta última que le fue negada al ahora recurrente en casación para la unificación de doctrina precisamente porque para el TSJ del País Vasco le correspondía la de paternidad y no la de maternidad.

E) Para concluir en esa ausencia de contradicción, nuestra STS de Pleno realiza diversas consideraciones que afrontan el problema suscitado.

En particular, considera que tras la LOI todo apunta que la voluntad del legislador es que si uno de los progenitores disfrutó en su totalidad el periodo de descanso regulado en el artículo 48.4 ET y la correspondiente prestación de maternidad, el otro progenitor no disfrute de una segunda prestación de maternidad, sino que disfrute de la prestación de paternidad y del periodo de descanso a ella vinculado.

Tras este cambio normativo resulta, en efecto, más problemático llegar a la conclusión de la STS 15 de septiembre 2010 (rcud 2289/2009) de que dos hechos sucesivos distintos (la maternidad biológica primero y la adopción del así nacido por la otra persona integrante de la pareja después) permiten generar dos prestaciones de maternidad sucesivas. Tras la Ley Orgánica 3/2007, la redacción dada al nuevo artículo 48 bis ET parece dar a entender que, en las circunstancias relatadas aquí igualmente concurrentes (paternidad biológica primero y la adopción del así nacido por la otra persona integrante de la pareja después), la previsión del ordenamiento fue que si el padre biológico había agotado la prestación de maternidad, la otra persona integrante de la pareja tenía derecho a la prestación de paternidad, pero no a una segunda prestación por maternidad.

F) Asimismo, reflexionando ya sobre la previsión del artículo 48.4 ET (en los supuestos de adopción y de acogimiento, "en ningún caso un mismo menor puede dar derecho a varios períodos de suspensión") se pone de relieve que tal norma dificulta, al menos aparentemente, que puedan darse dos periodos de suspensión por maternidad y dos prestaciones por maternidad, pues una vez creada la suspensión y la prestación por paternidad un progenitor tendrá derecho a la prestación de maternidad y el otro a la de paternidad, pero no a una segunda de maternidad.

4. La STS 1004/2021 de 13 octubre (rcud. 3904/2018 ).

La STS 1004/2021 de 13 octubre (rcud. 3904/2018) afronta el problema de si en un supuesto de maternidad subrogada en el que los padres del embrión son los propios cónyuges, uno de ellos tiene derecho a la prestación por maternidad, cuando el otro ya ha disfrutado íntegramente de dicha prestación.

Se invocaba como contradictoria nuevamente nuestra STS de 5 de septiembre de 2010 (rcud 2289/2009), por lo que en esta ocasión reiteramos el criterio sentado en el Pleno meses antes: "las novedades introducidas por la Ley Orgánica 3/2007 fueron relevantes respecto del derecho anterior a dicha Ley, que fue el aplicado por la sentencia de contraste, lo que dificulta sobremanera poder apreciar la existencia de contradicción. También esta previsión dificulta, al menos aparentemente, que puedan darse dos periodos de suspensión por maternidad y dos prestaciones por maternidad, pues una vez creada la suspensión y la prestación por paternidad un progenitor tendrá derecho a la prestación de maternidad y el otro a la de paternidad, pero no a una segunda de maternidad. Las referidas novedades que introdujo la Ley Orgánica 3/2007 ponen de manifiesto que las normas y el contexto normativo en los que se dictaron la sentencia recurrida y la de contraste son tan distintos que impiden apreciar la existencia de contradicción".

CUARTO.- Prestación por maternidad tras adoptar a hijo biológico del cónyuge, que ya la había disfrutado.

A la vista de cuanto hemos expuesto ya, estamos en condiciones de sentar las conclusiones sobre las que brindar, de manera directa, la respuesta al debate. Son las siguientes.

1. La convivencia previa entre adoptante y menor no impide el nacimiento del derecho a disfrutar la prestación de Seguridad Social.

A este respecto ratificamos cuanto la STS 15 septiembre 2010 (rcud. 2289/2009) ya expuso. Las normas reguladoras de la prestación de Seguridad Social anudada a la adopción no la condicionan a que la persona menor adoptada se incorpore súbitamente a la unidad familiar. La previa convivencia al momento de constituirse la adopción no figura entre los supuestos de denegación, anulación y suspensión del derecho la circunstancia de que la menor hubiera convivido con la adoptante con anterioridad al inicio del descanso por maternidad y solicitud de la correspondiente prestación.

La sentencia recurrida entiende que la finalidad del permiso por adopción (en realidad, suspensión durante la cual se percibe prestación de Seguridad Social) ya no se cumplen cuando en el momento de acceder a su disfrute existe previa convivencia. No compartimos tal valoración por varias razones:

1.ª) Disponer de un tiempo de apartamiento del trabajo no solo para atender al menor sino también para estrechar lazos afectivos y vivir plenamente la experiencia sigue siendo del todo posible en estos casos.

2.ª) Descartar el disfrute aboca a que no se permite hacerlo cuando comienza la convivencia (por ausencia de un negocio jurídico formal que active la suspensión del contrato de trabajo) y tampoco cuando se formaliza la adopción (porque previamente ha existido convivencia de hecho).

3.ª) La interpretación de las normas en el sentido más favorable a la Constitución constituye exigencia que en este asunto reclama seleccionar la interpretación, siempre que sea posible sin forzar el tenor de la Ley, que sea más acorde con la protección a la familia ( art. 39 CE).

4.ª) Condicionar el derecho de quien adopta a datos que dependen de sus previas relaciones afectivas equivale, de modo indirecto, a añadir un requisito para el disfrute de la prestación y a hacer de peor condición a quien está vinculado con el progenitor biológico.

5.ª) El supuesto de hecho protegido por el legislador no es el de la convivencia sino el de la adopción, por lo que tanto la interpretación literal cuanto la sistemática así lo requieren. La adopción (concepto de alcance jurídico, que no material) aparece como requisito constitutivo de la protección, en tanto que la previa convivencia no consta ni como obstáculo ni como desencadenante de la acción protectora.

6.ª) La integración familiar que la LGSS tutela es la formal, la que surge con el Auto judicial estableciendo la adopción; del mismo modo que sucede con el matrimonio o la pareja de hecho, aquí hay que estar a la situación delineada por el legislador y no a un concepto sociológico o material.

7.ª) Lo contrario abocaría a que en muchos casos de adopción no habría derecho al descanso por maternidad ni a la prestación correspondiente pues resulta habitual la convivencia previa de adoptante y adoptado.

8.ª) La interpretación sistemática del ET y de la LGSS, que refieren la suspensión contractual y correlativo subsidio a la existencia de una "adopción", consciente el legislador de que el artículo 176.2 del Código Civil contempla como adopciones privilegiadas (facilitando su trámite) las realizadas concurriendo circunstancias como ser huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad, ser hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga

relación de afectividad a la conyugal o llevar más de un año en guarda con fines de adopción o haber estado bajo tutela del adoptante por el mismo tiempo.

9.ª) Aunque ello fuere irrelevante, en el presente caso ni siquiera puede pensarse en una voluntaria posposición de la adopción por parte de la demandante. El niño nació a mitad de NUM001 de 2017 y el 21 de febrero ya había presentado su solicitud de adopción. Teniendo en cuenta que el preceptivo asentimiento de la madre biológica no podía prestarse antes de las seis semanas del nacimiento ( art. 177.2.2.º CC) y que sin él resulta imposible activar la solicitud de adopción, desde que a la demandante le fue posible hacerlo han transcurrido solo tres meses.

2. La "gestación subrogada" es inocua a los efectos de lucrar la prestación de Seguridad Social por adopción.

La sentencia recurrida descarta aplicar la doctrina de la STS 15 septiembre 2010 (rcud. 2289/2009) porque en nuestro caso existe una gestación subrogada. Destaca la singularidad de ese dato, dando a entender que ya no cabe tener al esposo como padre y a la mujer como adoptante, y advierte que solo hay una sentencia de esta Sala Cuarta abriendo las puertas a la prestación de maternidad en favor del padre biológico, por referencia a la STS (Pleno) 881/2016 de 16 noviembre (rcud. 3818/2015).

Lo cierto es que se trata de una sentencia de unificación doctrinal, emanada del Pleno y que en la fecha de dictar la suya el Juzgado de lo Social ya pudo aludir a otras posteriores que confirmaron tal criterio.

En todo caso, lo que nuestra STS 881/2016 sostiene es que existiendo una verdadera integración del menor en el núcleo familiar del padre subrogado, las prestaciones asociadas a la maternidad han de satisfacerse al padre, salvo supuestos de fraude, previo cumplimiento de los requisitos generales de acceso a las mismas.

De ahí se sigue que cuando quien adopta al menor es la esposa del padre biológico esté excluida de la prestación de Seguridad Social asociada a tal hecho. Cosa distinta es que si el padre ha disfrutado ya de la prestación de maternidad se considere que no cabe otra análoga y deba abrirse la puerta a la paternidad. Pero se trata de algo no suscitado en el recurso y que, además, plantea problemas de encaje constitucional y de Derecho supranacional, al privar del permiso propio de la adopción a una persona por el hecho de su estado civil.

3. El menor puede generar dos prestaciones sucesivas.

El Informe de Fiscalía sostiene que tampoco impide que le sea concedida la prestación, la circunstancia de que el padre biológico hubiera disfrutado del permiso de maternidad con anterioridad, pues siguiendo la doctrina señalada, se han producido situaciones sucesivas legalmente producidas - la paternidad y la adopción - que excluyen el derecho a la prestación de la madre adoptante en los términos establecidos en el artículo 48.4 del ET y 177 de la LGSS (anterior 133 bis de la LGSS).

Aunque aplicando normas anteriores a la LO de 2007, nuestra STS de 2010 descartó que el disfrute el permiso de maternidad por la madre biológica impidiera que la adoptante lo hiciera en el momento de surgir esa condición. La clave está en que "se han producido situaciones sucesivas que han generado el derecho al descanso por maternidad y a la prestación correspondiente y la adopción como madre de la hoy recurrente", sin que el legislador haya dispuesto "que el percibo de la prestación por parto excluya el percibo de la prestación por adopción".

Mutatis mutandis, esa argumentación es del todo válida en el panorama normativo aplicable a nuestro caso. Dice nuestra STS de 2010 que "aunque el sujeto causante sea el mismo se han producido sucesivamente las dos situaciones protegidas legalmente establecidas, la maternidad y la adopción, y, en consecuencia, procede reconocer el derecho a la prestación a la adoptante",

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

Puede el legislador ordenar la modalidad prestacional que corresponde en tales casos, por descontado. De ahí nuestra reticencia a unificar doctrina respecto de casos en que el marco regulador haya sido diverso. Las sentencias ahora comparadas aplican el mismo y su tenor ya lo hemos examinado (Fundamento Primero, apartado 4).

4. Derecho a la prestación por adopción cuando el menor ha dado ya lugar a que su padre biológico disfrute de la maternidad.

En definitiva lo que se debate es si procede la suspensión del contrato de trabajo y prestación de maternidad en supuestos de adopción, cuando se reúnen todos los requisitos exigidos por la situación protegida, sin que tenga relevancia alguna, que en este supuesto nos encontremos ante un supuesto de maternidad subrogada.

Que el padre biológico del adoptado hubiera disfrutado del permiso de maternidad no puede impedir que ahora lo haga la adoptante, puesto que la Ley establece ese momento como el preceptivo para que surja el hecho causante, no otro anterior como pudiera ser el de la integración del menor en la unidad familiar.

Ni el tenor de las normas ni los argumentos de la sentencia recurrida (o los de la Resolución frente a la que se reclama) muestran aspectos que nos induzcan a variar esa conclusión, por lo demás sólidamente entroncada con el mandato constitucional de proteger las situaciones de necesidad queridas por el legislador ( art. 41 CE) y la interpretación de las normas procurando la mayor igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres (art. 4.º LOI, usualmente identificado como "perspectiva de género").

Recordemos que la sentencia recurrida da como probado que la adoptante actúa como madre de facto y que, sin embargo, al no haber sido gestante ni poder obtener la adopción se ve privada del tiempo de suspensión subsidiada si se postula la interpretación de la sentencia recurrida. De ese modo quedaría penalizada la conducta asociada al papel de quien ejerce como madre del menor adoptado pese a no haberlo llevado en su seno.

La realidad puede mostrar supuestos en que carezca de sentido la propia regla de que el mismo menor no puede causar dos prestaciones de la misma naturaleza, cual sucedería si los primeros adoptantes fallecen y otros pasan a asumir esa función. Lo que sucede es que en tales casos la norma excluye esa posibilidad cuando respecto de la adopción o acogimiento indica que "sin que en ningún caso un mismo menor pueda dar derecho a varios periodos de suspensión". Pero aquí no estamos ante dos prestaciones derivadas de la adopción, puesto que la del padre biológico se ha vinculado al nacimiento.

Queremos poner de relieve, sin más, que debe prevalecer la protección del menor, la interpretación estricta, pero no restrictiva, de las exigencias legales y la concesión de la prestación (y derecho a la paralela suspensión contractual) a toda persona que cumpla los requisitos coetáneamente exigidos por nuestro ordenamiento. Sin una regla prohibitiva no debe impedirse el despliegue de los efectos legalmente previstos para cada acontecimiento (aquí la adopción).

QUINTO.- Resolución

1. Unificación doctrinal.

Durante la vigencia de las normas anteriores a las reformas de 2019, la adoptante del hijo biológico de su cónyuge tiene derecho a la prestación asociada a tal acontecimiento aunque el padre biológico

haya disfrutado de la prestación asociada a esa cualidad y hubiera habido convivencia familiar desde el nacimiento, fruto de gestación subrogada.

## 2. Estimación del recurso.

A) Al contener doctrina errónea la sentencia recurrida, debemos resolver conforme a las previsiones legales para los casos de estimación del recurso. Procede, por tanto, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, la estimación del recurso de casación para la unificación de la doctrina y la consiguiente anulación de la sentencia recurrida.

B) El artículo 228.2 LRJS comienza disponiendo que si la sentencia del Tribunal Supremo declarara que la recurrida quebranta la unidad de doctrina, casará y anulará esta sentencia y resolverá el debate planteado en suplicación con pronunciamientos ajustados a dicha unidad de doctrina, alcanzando a las situaciones jurídicas particulares creadas por la sentencia impugnada. En nuestro caso, eso significa que el recurso de suplicación interpuesto por el INSS debe desestimarse.

De este modo, quedará firme la sentencia 114/2019 dictada por el Juzgado de lo Social n.º 11 de Bilbao, que estima la demanda y declara el derecho de la demandante a que le sea reconocida la prestación de maternidad con efectos 22 de junio de 2018.

C) También prescribe el artículo 228.2 LRJS que en la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo se resolverá lo que proceda sobre consignaciones, aseguramientos, costas, honorarios y multas, en su caso, derivados del recurso de suplicación de acuerdo con lo prevenido en esta Ley. Si se hubiere constituido depósito para recurrir, se acordará la devolución de su importe.

La desestimación del recurso de suplicación no comporta imposición de costas, habida cuenta de la identidad de la parte vencida en el mismo ( artículo 235.1 LRJS), sin que tampoco sea menester adoptar decisión alguna en materia consignaciones o depósitos.

## FALLO

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

- 1.º) Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D.ª Erica, representada y defendida por el Letrado Sr. Martínez de la Hidalga López.
- 2.º) Casar y anular la sentencia n.º 1198/2019 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 18 de junio.
- 3.º) Resolviendo el debate suscitado en suplicación, desestimar el recurso de tal índole interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social.
- 4.º) Confirmar y declarar firme la sentencia n.º 114/2019 de 15 de marzo de 2019, dictada por el Juzgado de lo Social n.º 11 de Bilbao, en los autos n.º 719/2018, seguidos a instancia de dicha recurrente contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, sobre reconocimiento de prestación de maternidad.
- 5.º) No adoptar decisión especial en materia de costas procesales, debiendo asumir cada parte las causadas a su instancia como consecuencia de los recursos que ahora resolvemos.

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

Así se acuerda y firma.