

SUBDIRECCIÓN GENERAL DE ORDENACIÓN Y ASISTENCIA JURÍDICA

Consulta: 29/2016

Fecha: 29 de diciembre de 2016

Materia: Subsidio por maternidad. Hijos nacidos por gestación por sustitución con arreglo a la legalidad vigente en un país extranjero.

ASUNTO CONSULTADO:

Derecho al subsidio por maternidad previsto en el artículo 177 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (TRLGSS), en los supuestos de hijos nacidos por gestación por sustitución con arreglo a la legalidad vigente en un país extranjero.

RESPUESTA:

En las sentencias números 881/2016 y 953/2016 dictadas, en unificación de doctrina, por el Tribunal Supremo (TS), con fechas 25 de octubre y 16 de noviembre, respectivamente, se reconoce el derecho al subsidio por maternidad previsto en el artículo 177 del TRLGSS a los progenitores de hijos nacidos por gestación por sustitución con arreglo a la legalidad vigente en un país extranjero, siempre que, por lo demás, se cumplan los requisitos previstos en dicho artículo y concordantes para acceder al mencionado derecho.

Esta Entidad gestora asume la doctrina sentada en dichas sentencias por el Pleno de la Sala de lo Social del TS. Para ello es necesario dictar los criterios que permitan adaptar, sin perjuicio de posteriores adaptaciones, las vigentes previsiones normativas a las particularidades de los hijos nacidos por gestación por sustitución con arreglo a la legalidad vigente en un país extranjero, al tratarse de una situación que no está recogida entre las situaciones protegidas por la prestación por maternidad.

Por lo expuesto, para el reconocimiento del derecho al subsidio por maternidad en los supuestos de hijos nacidos por gestación por sustitución con arreglo a la legalidad vigente en un país extranjero, será de aplicación lo previsto en la Sección 1.^a (Supuesto general), del Capítulo VI, del Título II del TRLGSS así como su desarrollo reglamentario contenido en el 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, con las especialidades que a continuación se establecen:

- 1º. Situación protegida.** A efectos de la prestación por maternidad prevista en el artículo 177 del TRLGSS, se considera situación protegida el nacimiento de un hijo por gestación por sustitución en un país extranjero con arreglo a la legalidad de dicho país, durante los períodos/permisos de descanso que por tales situaciones se disfruten, por aplicación analógica de lo previsto en el artículo 48.4 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre (LET) o en el artículo 49 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre (EBEP).
- 2º. Inscripción de la filiación en el Registro Civil español.** Para el reconocimiento del derecho al subsidio por maternidad es requisito necesario que se haya practicado la previa inscripción de la filiación del hijo en el Registro civil español.

De acuerdo con lo establecido en la Instrucción de 5 de octubre de 2010 dictada por la Dirección General de Registros y el Notariado, viene siendo inscribible en el Registro civil español el nacimiento en el extranjero de un menor mediante gestación por sustitución cuando existe resolución judicial dictada por el órgano jurisdiccional competente en la que se determina la filiación del nacido a favor del progenitor o progenitores comitentes, se recoge el consentimiento libre y voluntario así como la renuncia expresa a la filiación de la madre gestante y se hace constar que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor. En estos supuestos la madre biológica renuncia a la filiación del hijo, por lo que no figura en la correspondiente inscripción registral, determinándose la filiación exclusivamente a favor del progenitor o progenitores comitentes. Este es el supuesto fáctico recogido en la sentencia del TS de 16 de noviembre de 2016. En estos casos bastará con acreditar la inscripción de la filiación del hijo en el Registro civil español.

En aquellos supuestos en los que no exista tal resolución judicial y la filiación del hijo en el Registro civil español se determine a favor del comitente y de la madre biológica -supuesto de hecho recogido en la sentencia del TS de 25 de octubre de 2016-, además de la inscripción de la filiación del hijo en el Registro civil español, a la solicitud del subsidio por maternidad deberán acompañarse preceptivamente los documentos que a continuación se indican:

- Documento público debidamente legalizado en el que conste la renuncia expresa de la madre biológica al ejercicio de la patria potestad sobre el menor. El interesado debe presentar traducción oficial del citado documento.
- Salvo que este extremo constara expresamente en el documento público debidamente legalizado en el que conste la renuncia expresa de la madre biológica al ejercicio de la patria potestad sobre el menor, el interesado debe acreditar que dicha renuncia no es contraria al ordenamiento jurídico del país de origen del hijo. Dicha acreditación debe llevarse a cabo mediante aseveración o informe de un Notario o Cónsul español o de Diplomático, Cónsul o funcionario competente del país de la legislación que sea aplicable. En caso de aseveración o informe de Diplomático, Cónsul o funcionario competente del país de la legislación que sea

aplicable, además de la correspondiente legalización debe presentarse traducción oficial de dicho documento.

Habida cuenta la casuística que se puede presentar en la práctica -dada la falta de homogeneidad en la regulación del contrato de gestación por sustitución en los diferentes ordenamientos jurídicos extranjeros-, si de la documentación aportada por el interesado se desprendiera que el contrato de gestación por sustitución no se ha llevado a cabo de conformidad con lo previsto en este apartado, se deberá recabar informe de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica de esta Entidad Gestora con carácter previo a dictar la resolución que proceda.

- 3º. Beneficiario del subsidio.** Será beneficiario del subsidio por maternidad el progenitor -independientemente de su sexo- que haya disfrutado del descanso o permiso y reúna los requisitos que para el reconocimiento del derecho a este subsidio establece el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo. En el caso de que haya dos progenitores comitentes y el período de descanso se hubiera distribuido a opción de ambos, de modo que sea disfrutado de forma simultánea o sucesiva por ambos, tendrán ambos la condición de beneficiarios, siempre que reúnan de forma independiente los requisitos exigidos.
- 4º. Hecho causante.** La prestación se entenderá causada en la fecha de nacimiento del hijo.
- 5º. Periodos mínimos de cotización.** La edad prevista en los apartados 1 y 2 del artículo 5 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, a efectos de determinar el periodo mínimo de cotización exigido, será la que tenga cumplida el beneficiario en la fecha del nacimiento del hijo. No será de aplicación lo previsto en los apartados 3 (supuesto de parto) y 4 (supuesto de adopción internacional) del mencionado artículo.
- 6º. Prestación económica.** En caso de hijos nacidos por gestación por sustitución en supuesto de parto múltiple, se concederá un subsidio especial por cada hijo a partir del segundo, igual al que corresponda percibir por el primero durante el periodo de seis semanas inmediatamente posteriores al parto.
- 7º. Nacimiento, duración y extinción del subsidio.** La aplicación de lo previsto en el artículo 8 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, se llevará a cabo de conformidad con los criterios que a continuación se exponen:
- Es de aplicación lo previsto en los apartados 2, 3, 7, 8, 10, 11 y 12, salvo el último párrafo de este último apartado por referirse al descanso obligatorio, que no tiene lugar en la gestación por sustitución que nos ocupa.
 - En relación con el apartado 1, el derecho al subsidio sólo corresponderá al periodo de descanso o permiso que se disfrute a partir de la fecha del nacimiento del hijo, sin que sea de aplicación la antelación de cuatro semanas prevista para los supuestos de adopción internacional.

- En relación con el apartado 4 (fallecimiento del hijo), únicamente es de aplicación lo previsto en el párrafo tercero.
- En caso de fallecimiento de alguno de los progenitores comitentes que sea, a su vez, beneficiario del subsidio, es de aplicación lo previsto en el párrafo segundo del apartado 5.
- No es de aplicación lo previsto en el apartado 6, al referirse a la cesión del derecho al descanso no obligatorio por parte de la madre biológica, que no tiene lugar en la gestación por sustitución que nos ocupa.
- Es de aplicación lo previsto en el artículo 9 con las siguientes particularidades:
 - o No son de aplicación las menciones relativas al periodo de descanso obligatorio de la madre biológica.
 - o No es de aplicación el último inciso del párrafo primero, relativo al fallecimiento de la madre biológica.
 - o No es de aplicación el último inciso del párrafo segundo, relativo al progenitor a quien corresponde el disfrute del periodo adicional del subsidio en caso de hospitalización del menor con una duración superior a siete días. En su lugar, el periodo de disfrute adicional del subsidio en el caso de que ambos progenitores reunieran los requisitos para ser beneficiarios de dicho subsidio, corresponderá a aquél que de común acuerdo determinen.

8º. Internamiento hospitalario del recién nacido. En caso de internamiento hospitalario del recién nacido que dé lugar a la ampliación del periodo de descanso, de acuerdo con lo previsto en el párrafo segundo del apartado 9 y en el apartado 10, ambos del artículo 8 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, a la solicitud del subsidio debe acompañarse preceptivamente documento expedido por el centro hospitalario acreditativo de dicha hospitalización, en el que se especifiquen las circunstancias que, afectando al recién nacido, determinan dicho internamiento, así como las fechas de su inicio y de su finalización. El interesado debe presentar traducción oficial del citado documento.

9º. No es de aplicación la opción en favor del otro progenitor prevista en el artículo 9 ni el informe de maternidad previsto en el artículo 13 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo.

10º. Maternidad, incapacidad temporal y extinción del contrato. No son de aplicación los apartados 1 y 2 del artículo 10, al referirse a la maternidad biológica. Sí se aplican los apartados 3, 4 y 6. El apartado 5 deviene en no aplicable, al detallarse en la presente consulta qué apartados del artículo 10 son aplicables a la gestación por sustitución con arreglo a la legalidad prevista en un país extranjero.

11º. Efectos económicos del derecho reconocido. El subsidio por maternidad tendrá efectos económicos a partir del día de inicio del periodo de descanso o permiso correspondiente que coincidirá con la fecha del nacimiento del hijo nacido por gestación por sustitución.

Esta información ha sido elaborada teniendo en cuenta la legislación vigente en la fecha que figura en el encabezamiento y se presta en virtud del derecho previsto en el artículo 53, letra f), de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, advirtiendo que dicha información no produce más efectos que los puramente ilustrativos y de orientación.