

SUBDIRECCIÓN GENERAL DE ORDENACIÓN Y ASISTENCIA JURÍDICA

Criterio de gestión: 4/2017

Fecha: 20 de febrero de 2017

Materia: Subsidio por maternidad. Hijos nacidos por gestación por sustitución con arreglo a la legalidad vigente en un país extranjero. Ampliación del criterio de gestión 29/2016.

ASUNTO CONSULTADO:

Ampliación del criterio de gestión 29/2016 relativa al 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.

CRITERIO DE GESTIÓN:

En el criterio de gestión 29/2016 esta Entidad estableció 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.

El criterio citado se amplía con las instrucciones que se establecen a continuación.

1. En casos de gestación por sustitución en los que solo está determinada la filiación de uno de los progenitores, y en los que, aunque figure como progenitora la madre biológica, la misma ha renunciado válidamente al ejercicio de la patria potestad, el progenitor comitente que disfrute del permiso/subsidio por maternidad no podrá disfrutar además del permiso y correspondiente prestación por paternidad.

En estos casos no se produce una analogía con lo previsto en el artículo 3.3 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo -RDMA- (fallecimiento de la madre biológica, en los que sí existe compatibilidad en el disfrute de ambas prestaciones por parte de un único beneficiario) sino con el regulado en el artículo 23.3 de esa misma norma conforme al cual *“En los casos en que solamente exista un progenitor, adoptante o acogedor, si este percibe el subsidio por maternidad, no podrá acumular el subsidio por paternidad”*.

En este sentido no puede ignorarse que el caso previsto en el primero de los artículos citados es un hecho luctuoso e imprevisto que frustra un proyecto de vida personal y

familiar, mientras que en el caso de la maternidad subrogada la renuncia de la gestante a la filiación o a la patria potestad es un requisito sine qua non que condiciona el proceso. El progenitor comitente accede al derecho a la prestación por maternidad solo si la madre biológica renuncia a la filiación o a la patria potestad, y además esa condición de progenitor monoparental es la querida por el interesado.

2. En los supuestos de gestación por sustitución en los que la filiación se determine a favor de dos progenitores comitentes será de aplicación la previsión del artículo 23.3 del RDMA conforme a la cual, en caso de disfrute compartido de los períodos de descanso o permiso por maternidad, la condición de beneficiario del subsidio por paternidad es compatible con la percepción del subsidio por maternidad, siempre que el beneficiario cumpla todos los requisitos exigidos. Dichos derechos han de disfrutarse dentro de los términos temporales previstos en el Estatuto de los Trabajadores (ET) y en el Estatuto Básico del Empleado público (EBEP) así como en el TRLGSS y el RDMA. Es decir, el permiso de maternidad es ininterrumpido y ha de iniciarse a partir de la fecha del nacimiento del menor y, en caso de disfrute compartido, el mismo podrá ser simultáneo o sucesivo mientras que el descanso por paternidad, igualmente ininterrumpido, podrá iniciarse a partir de la fecha de nacimiento del hijo (si es aplicable el EBEP o es un trabajador del RETA) o de la finalización del permiso por nacimiento del hijo (si es de aplicación el ET) y hasta la finalización del descanso por maternidad o inmediatamente después de esta.
3. En aquellos supuestos en los cuales inicialmente solo conste la filiación en favor de un progenitor comitente y posteriormente adopte al menor otra persona con la que aquél ya mantenía una relación conyugal o una relación de afectividad análoga a la conyugal, no cabe reconocer dos prestaciones por maternidad independientes, una en referencia al nacimiento y la otra a la adopción. El derecho a la prestación por maternidad únicamente corresponderá, de reunir los requisitos, al progenitor respecto del que inicialmente se determinó la filiación. El otro miembro de la pareja que posteriormente adopte al menor en ningún caso podrá beneficiarse de la prestación por maternidad -salvo que aún no hubieran transcurrido los plazos marcados para el disfrute compartido-, si bien podrá disfrutar de la prestación por paternidad. En estos casos en que el menor, además de seguir vinculado con el primer progenitor es adoptado por el cónyuge o pareja de este, el derecho al subsidio por maternidad, que es único para ambos progenitores, únicamente pudo causarse en el momento del nacimiento del menor¹.
4. Las pautas de aplicación recogidas en el criterio de gestión 29/2016 han de ser tenidas en cuenta para resolver los expedientes que en la fecha de emisión de la primera de las sentencias se encontrasen en trámite en vía administrativa.

En el caso de que con anterioridad a esa fecha hubiera sido denegada la prestación por maternidad y la resolución fuera firme en vía administrativa, la posibilidad de atender una eventual solicitud de revisión habrá de tener en cuenta las siguientes instrucciones:

¹ Ver ampliación de fecha 07/03/2017 al final del presente criterio.

- 1^a. Los efectos de la revisión deben circunscribirse a los fijados en el párrafo segundo del artículo 53.1 del TRLGSS, es decir, dichos efectos se producirán a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que el interesado presente la correspondiente solicitud. Ahora bien, se reconocerá el derecho a la prestación siempre que todo o parte del periodo de descanso por maternidad se encuentre incluido dentro de los tres meses anteriores a la fecha de la nueva solicitud de la prestación.
- 2^a. Para poder reconocer el derecho a la prestación por maternidad, además de la concurrencia y acreditación de las circunstancias recogidas en el criterio de gestión 29/2016, será necesario que el interesado haya disfrutado de forma efectiva del permiso/descanso por maternidad en los términos establecidos en el RDMA, según sea de aplicación el ET o el EBEP.
- 3^a. En el supuesto de que el interesado hubiere disfrutado con anterioridad del descanso y subsidio por paternidad, y solicitara la prestación por maternidad, se aplicarán, además de lo previsto en los anteriores apartados, las siguientes instrucciones:

a) Disfrute no compartido del permiso/descanso por maternidad.

En el supuesto de que el comitente haya disfrutado del permiso/descanso y subsidio por paternidad, y solicite la prestación correspondiente al descanso por maternidad cuyo disfrute efectivo no haya sido compartido con otro comitente, la percepción del subsidio por paternidad deviene incompatible con el de maternidad. En consecuencia, sólo se reconocerá el derecho a la prestación por maternidad si su importe fuera superior a la cuantía ya percibida en concepto de subsidio por paternidad. En este caso, de la cuantía que corresponda percibir en concepto de prestación por maternidad se deducirá el importe ya percibido en concepto de subsidio por paternidad.

b) Disfrute compartido de permiso/descanso por maternidad.

De conformidad con lo previsto en el artículo 23.2 del RDMA, sólo en caso de disfrute compartido de periodos permiso/descanso por maternidad es posible reconocer a un mismo progenitor el derecho a la prestación por maternidad compatible con la de paternidad. En consecuencia, si se cumplen los requisitos establecidos, se reconocerá el derecho a la prestación por maternidad, sin que del importe de la prestación se deduzca la cuantía percibida en concepto de subsidio por paternidad.

AMPLIACIÓN (07/03/2017)

Sin perjuicio de lo indicado en el apartado 3 del presente criterio, otro tratamiento merecen aquellos casos en que el nacimiento mediante gestación por sustitución se hubiera producido antes de que esta Entidad gestora asumiera la jurisprudencia del Tribunal Supremo a que se refiere el criterio de gestión 29/2016 en los que, por esa

razón, no se hubiera reconocido al progenitor comitente, único respecto del que inicialmente se determinó la filiación, derecho a prestación por maternidad por período alguno (ni siquiera en aplicación de la revisión prevista en la instrucción 1ª del apartado 4 del presente criterio). En estos casos, y con carácter excepcional, resultará posible reconocer la prestación por maternidad a la persona que mantenía con el comitente una relación conyugal o análoga, que adopta al menor.

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.