

Prestación de Maternidad por Parto y por Adopción para ambas Cónyuges en caso de Matrimonio Homosexual (STSJ madrid de 7.7.2014 as\2014\1228)

Maternity Benefit for Childbirth and Adoption for both Spouses in case of Homosexual Marriage

CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO

CATEDRÁTICA DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL DE LA UNIVERSIDAD DE SEVILLA.

SECRETARIA GENERAL DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL (AESSS)¹

Resumen

Los nuevos modelos de familia hacen que se planteen problemas en la aplicación de una normativa social que ha quedado en algunos aspectos desfasada. Es el caso analizado en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 7.7.2014 en donde se cuestiona si en caso de matrimonio homosexual –formado por dos mujeres–, caber reconocer una prestación por maternidad por adopción cuando la otra cónyuge, madre biológica del adoptado, ya disfrutó de la totalidad del permiso de maternidad por parto.

Abstract

The new family models cause problems related to the implementation of social legislation which has become outdated in some aspects. This is the case in the judgment of the High Court of Madrid of 07/07/2014 that analyzed whether in case of homosexual marriage –formed by two women–, a maternity benefit by adoption can be recognized taken into consideration that other spouse, biological mother of the adoptee, has enjoyed the entire maternity leave for childbirth.

Palabras clave

prestación por maternidad, prestación por paternidad, matrimonio homosexual, adopción

Keywords

maternity benefit, paternity benefit, homosexual marriage, adoption.

1. UNA DÉCADA DE LA LEGALIZACIÓN DEL MATRIMONIO HOMOSEXUAL EN ESPAÑA

La demandante en el litigio resuelto por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid de 7.7.2014 contrajo matrimonio civil con una persona de su mismo sexo, que había dado a luz un niño dos años antes de celebrarse ese matrimonio.

En España el matrimonio entre personas del mismo sexo fue instaurado en 2005 cuando el legislador español –siguiendo la estela de Bélgica y Holanda– aprobó la Ley 13/2005, de 1 de julio, que modificó el Código Civil respecto al derecho a contraer matrimonio.

Una reforma de tan hondo calado no es extraño que fuera objeto de contestación social y política, lo que explica el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la citada Ley por más de cincuenta Diputados del Grupo Popular en el Congreso. Siete años tardó el Tribunal Constitucional en resolverlo a través de su sentencia 198/2012, de 6.11.2012 (RTC

¹ Trabajo realizado en el marco del Proyecto I+D “Buenas Prácticas Jurídicas para Reducir el Gasto Social”. DER2012-32111.

2012\198). Puesto que tras tan largo período de tiempo de espera una sentencia estimatoria hubiera generado un caos jurídico y político (desde su entrada en vigor hasta diciembre 2011 se habían celebrado 22.124 matrimonios homosexuales²) la desestimación del recurso no constituyó sorpresa alguna.

No obstante, sí que resulta sorprendente, por inusual, que en su F.J. 9º la citada STC 198/2012 invoque los resultados de encuestas elaboradas por el Centro de Investigaciones Sociológicas que reflejaban la aceptación mayoritaria del matrimonio homosexual por parte de la sociedad española en los años que dichas encuestas se realizaron.

Aunque el propio Tribunal Constitucional admite que “todas estas cifras no son por sí solas un elemento determinante para valorar la constitucionalidad de la Ley sometida a examen”, el mero hecho de que la sentencia las mencione y utilice para justificar su fallo resulta criticable –dicho sea con el debido respeto– puesto que en un Estado de Derecho las encuestas ciudadanas no pueden ser un parámetro para que los tribunales enjuicien la labor del poder legislativo en función del grado de satisfacción de la población encuestada, tarea que corresponderá a los propios ciudadanos a través de los procesos electorales.

En todo caso, sobre la cuestión del matrimonio homosexual sigue sin existir un consenso a nivel de los Estados que han ratificado el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y es por ello que, hoy por hoy, el Tribunal de Estrasburgo continúa sosteniendo que el Convenio Europeo de Derechos Humanos “ni impone a los Gobierno de los Estados parte la obligación de abrir el matrimonio a una pareja homosexual ni el derecho al matrimonio homosexual se deduce del artículo 14 en relación con el 8 (Sentencia de 24.6.2010 –Schalk and Kopf contra Austria (JUR 2010\21164)–, citada por la STC 198/2012 de 6.11.2012).

2. ADOPCIÓN Y MATRIMONIO HOMOSEXUAL

Tras la entrada en vigor de la Ley 13/2005, los matrimonios homosexuales se equiparan a los heterosexuales en materia de adopción, aunque no ocurre lo mismo respecto a parejas de hecho del mismo sexo³.

Conforme a la vigente redacción del artículo 175.4 del Código Civil “el matrimonio celebrado con posterioridad a la adopción permite al cónyuge la adopción de los hijos de su consorte”⁴.

Es en base a dicho precepto que la recurrente en el caso enjuiciado por la STSJ de Madrid de 7.7.2014 pudo proceder a adoptar al hijo biológico de su cónyuge.

En el F.J. 12, la STC 198/2012, de 6.11.2012, analizó la cuestión de la constitucionalidad de la adopción por personas homosexuales decantándose por una respuesta positiva. La brevedad con que el Tribunal Constitucional despacha este asunto

² Dato contenido en el F.J. 9º de la STC 198/2012, de 6.11.2012 (RTC 2012\198).

³ BERIAIN FLORES, I.; “La Adopción del Hijo del Cónyuge o de la Pareja”. Tirant lo Blanch. Valencia. 2014; p. 152.

⁴ En España, la primera adopción por parte de un matrimonio homosexual se produjo en 2006 en Cataluña. Lo novedoso del caso hizo que ocupara titulares de prensa.

probablemente obedezca a que una vez que se ha pronunciado sobre la constitucionalidad del matrimonio homosexual no se hubiera sustentado jurídicamente negar a estas uniones el derecho de adopción que sí se reconoce a los matrimonios heterosexuales.

Pero aunque la conclusión a la que llega el Tribunal Constitucional se comparta, se echa en falta una fundamentación jurídica más elaborada y extensa. En realidad, el Tribunal Constitucional como principal apoyo de la conclusión a la que llega en este punto invoca la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26.2.2002 –Frette contra Francia– (TEDH 2002\10) motivada por la negativa de las autoridades francesas a conceder autorización para adoptar a una persona soltera homosexual.

La sentencia Frette –contrariamente a lo que podría deducirse de la lectura de la STC 192/2012– aunque reconoce que el Sr. Frette fue objeto de una diferencia de trato por motivo de su orientación sexual concluyó por cuatro votos contra tres que no hubo vulneración del artículo 14 (Derecho a la no discriminación) en relación con el artículo 8 (respeto a la vida privada), aunque sí violación del artículo 5 (derecho a un proceso equitativo) del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Hubiera sido más lógico esperar que el Tribunal Constitucional en vez del asunto Frette hubiera invocado en su F.J. 12 la STEDH de 22.1.2008 –E.B. contra Francia– (TEDH 2005\4) que no se refiere a la adopción de un menor en sí sino al proceso de acceso a la misma por parte de una persona homosexual, y en este caso el TEDH falló por diez votos contra siete que había habido violación del artículo 14 del CEDH combinado con el artículo 8.

En materia de adopciones coparentales (una persona adopta al hijo de su pareja) el TEDH se ha pronunciado en varias ocasiones⁵:

La STEDH de 15.3.2012 –Gas y Dubois contra Francia– (TEDH 2012\26) resuelve la demanda presentada por una pareja de mujeres legalmente registrada a través de un “pacto civil de solidaridad”, una de las cuales había sido madre por inseminación artificial y a la que los tribunales franceses negaron el derecho a que su pareja adoptase a su hijo. El TEDH no constata discriminación en relación con las parejas casadas pues no considera que se trate de situaciones jurídicas comparables. Tampoco aprecia diferencia de trato basada en la orientación sexual en relación con las parejas heterosexuales no casadas concluyendo el Tribunal por seis votos contra uno que no se ha infringido el artículo 14 del CEDH en relación con su artículo 8.

En la STEDH de 19.2.2013 –X y otros contra Austria– (JUR 2013\53791) se enjuicia la ley austriaca de parejas registradas del mismo sexo que establece que uno de los miembros no puede adoptar a los hijos del otro. El TEDH reconoce la falta de consenso sobre la adopción coparental de parejas homosexuales, que en la fecha de la sentencia sólo es reconocida por seis de los Estados Miembros. Pero dado que el Gobierno Austriaco no ha podido aportar razones sólidas para justificar el diferente trato ante la adopción coparental entre parejas homosexuales y heterosexuales reconoce por diez votos contra siete que ha habido vulneración del artículo 14 en conexión con el 8 del CEDH.

⁵ Cfr. GILBAJA CABRERO, E.; “La Orientación Sexual ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. Revista de Derecho Político nº 91/2014; pp. 321-323.

Está pendiente de que se dicte sentencia en el caso Lucas y Hallier contra Francia (recurso 46386/10) motivado por la negativa de las autoridades a reconocer prestación por paternidad a una mujer tras el nacimiento del hijo de su pareja, con la que había suscrito un pacto civil de solidaridad.

3. EL ORDEN DE LOS APELLIDOS

En la sentencia del TSJ de 7.7.2014 de Madrid se recoge como hecho probado que en el año 2011 el hijo biológico de la cónyuge de la demandante fue adoptado por esta última, “tomando desde dicha fecha el menor como segundo apellido el primero de la adoptante”.

Ahora bien, el orden en que el hijo adoptado lleve los apellidos cuando de uniones del mismo sexo se trata no debe ser tomado en consideración a la hora de dilucidar si en tales casos el adoptante tendría derecho a una prestación por paternidad o maternidad. El hecho de que tradicionalmente el apellido materno sea postergado frente al paterno no es sino muestra de una discriminación histórica de la mujer⁶.

En la actualidad, la normativa vigente permite que de común acuerdo los progenitores decidan el orden de los apellidos de sus descendientes⁷, aunque ello no impide que dicha previsión sea desconocida por amplísimos sectores de la sociedad puesto que ninguna publicidad institucional se realiza al respecto.

Pero en defecto de acuerdo entre los ascendientes, y tratándose de parejas del mismo sexo en las que no es aplicable la distinción entre “apellido paterno y apellido materno” recogida en el artículo 194 del Reglamento del Registro Civil, será el juez el que tenga que resolver el orden de los apellidos del hijo⁸.

En conclusión, el orden de los apellidos del hijo –sujeto causante de la prestación de Seguridad Social reclamada– y la orientación sexual de los ascendientes ha de ser indiferente a efectos del reconocimiento de las prestaciones por maternidad y paternidad.

4. PRESTACIÓN DE MATERNIDAD V. PRESTACIÓN DE PATERNIDAD Y MATRIMONIO HOMOSEXUAL

El derecho a la prestación por maternidad por parto de la madre biológica del hijo que años más tarde fue adoptado por su cónyuge –también mujer– está fuera de toda duda.

Tampoco se discute que la adopción genera el derecho de los progenitores a la suspensión del contrato de trabajo (artículo 45.1.d) ET).

⁶ La preferencia por el paterno como primero en el orden de apellidos es defendida en base a la “tradición histórica”. Resulta paradójico que habiéndose roto la “tradición histórica” en temas como el matrimonio homosexual y el aborto, no se haya optado en caso de desacuerdo entre los progenitores heterosexuales sobre el orden de los apellidos por la solución más obvia: siendo la mujer la que tiene la decisión última sobre si lleva a término el embarazo habría de ser el apellido materno el que se transmita en primer lugar, salvo que la madre consienta en anteponer el paterno.

⁷ Crf. Artículo 49.2 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.

⁸ BERIAIN FLORES, I.; “La Adopción del Hijo del Cónyuge o de la Pareja”. Op. cit.; p.338.

Los problemas surgen cuando se confronta la duración de la prestación por maternidad en caso de adopción que se establece con carácter general en dieciséis semanas ininterrumpidas (artículo 48.1.4 ET) frente a la regulación contenida en el artículo 48 bis que lleva por rúbrica “suspensión del contrato por paternidad” y que prevé que en tales casos “el trabajador tendrá derecho a la suspensión del contrato durante trece días ininterrumpido. En los supuestos de adopción, este derecho corresponderá sólo a uno de los progenitores, a elección de los interesados; no obstante, cuando el período de descanso regulado en el artículo 48.4 sea disfrutado en su totalidad por uno de los progenitores, el derecho a la suspensión por paternidad únicamente podrá ser ejercido por el otro”.

Qué duda cabe que si la duración del permiso por maternidad y paternidad fueran de idéntica extensión temporal no se suscitarían litigios como el resuelto por la STSJ de Madrid de 7.7.2014. Pero como no lo son, la cuestión de cómo calificar el derecho que sin duda genera el cónyuge que adopta al hijo de su pareja del mismo sexo deviene de la mayor importancia.

Como punto de partida hay que descartar que el hecho de que se emplee el término “trabajador” en masculino en la redacción del artículo 48 bis ET sea relevante a efectos de determinar la prestación que corresponde disfrutar en caso de adopción coparental en un matrimonio homosexual.

Otra cuestión a debatir es la conclusión a la que llega el Juzgado de lo Social que desestimó la demanda de la trabajadora adoptante de que “al haber disfrutado la prestación de maternidad la madre biológica, no se genera el derecho a un nuevo periodo de prestación de maternidad por la adoptante, por lo que la parte actora no tiene derecho al disfrute de la prestación de maternidad al haberlo realizado ya la madre biológica en su totalidad”.

Este razonamiento no se comparte ya que el derecho a disfrutar de prestación de maternidad o paternidad por adopción nunca se ha supeditado legalmente al hecho de que los padres biológicos no hubieran disfrutado también de las correspondientes prestaciones de Seguridad Social. Por lo que en teoría, es perfectamente posible que por un mismo sujeto se causen dos prestaciones por maternidad (madre biológica y adoptiva) y dos prestaciones por paternidad (padre biológico y adoptivo).

Las normas anticúmulo que prevé la legislación respecto a la prestación por maternidad y paternidad despliegan eficacia sólo cuando el derecho de ambos progenitores deriva del mismo hecho causante: parto o adopción. Pero no cuando la prestación ha sido reconocida a uno de ellos por razón de parto y al otro por razón de adopción.

De hecho, las consecuencias que se derivan de la STSJ de Madrid de 7.7.2014 en cuanto a reconocimiento de prestación de maternidad por adopción al cónyuge mujer de la madre biológica que disfrutó de permiso por maternidad por parto no resulta realmente una novedad: esa misma situación fáctica se produjo en el caso enjuiciado por el Tribunal Supremo en su sentencia de 15.9.2010 (RJ 2010\7428). Es más, en esta última sentencia no se cuestionó el derecho a la prestación de maternidad por adopción por haber ya disfrutado la cónyuge de la prestación por parto sino que el debate jurídico se centró en determinar si era impedimento para el reconocimiento de la prestación por adopción el que el menor adoptado ya se encontrara incorporado e integrado en la unidad familiar con anterioridad al inicio del período de descanso por maternidad, decantándose el Tribunal Supremo por una respuesta negativa.

5. UN VACÍO LEGISLATIVO: ¿CÓMO DETERMINAR LA PRESTACIÓN DEBIDA EN CASO DE ADOPCIÓN COPARENTAL EN MATRIMONIOS HOMOSEXUALES?

Lo peculiar del caso enjuiciado por la STSJ de Madrid realmente radica en que pone en evidencia un vacío legislativo: no existe un criterio legal que determine en base a qué parámetro determinar la prestación a la que tiene derecho una mujer que adopta al hijo biológico de su cónyuge también mujer.

Desde el momento en que las reformas legislativas hicieron posible que el permiso por “maternidad” por parto fuera disfrutado por ambos progenitores biológicos la propia nomenclatura de la prestación quedó desfasada puesto que es perfectamente posible que un hombre disfrute del permiso por “maternidad” y así expresamente lo refleja el artículo 113.ter TRLGSS: “serán beneficiarios del subsidio por maternidad los trabajadores por cuenta ajena, cualquiera que sea su sexo”.

Y a la inversa, en el caso de matrimonios del mismo sexo no hay impedimento en que una mujer sea beneficiaria de una prestación por “paternidad”.

A la vista de lo expuesto quizás de lege ferenda debiera plantearse la necesidad de un cambio de nombre de estas prestaciones de Seguridad Social.

Pero volviendo a la cuestión nuclear que nos ocupa hay que reconocer que si la recurrente en el caso resuelto por la STJS de Madrid de 7.7.2014 hubiera adoptado al hijo de su cónyuge y éste último hubiera sido varón, el INSS le habría reconocido la prestación por maternidad reclamada sin ningún obstáculo.

Si la recurrente aun estando casada con otra persona de su mismo sexo hubiera adoptado a un niño/a con el que ninguna de las dos cónyuges tuviera vínculos biológicos, también habría podido optar por la prestación por maternidad.

La recurrente también podría haber adoptado y obtenido prestación por maternidad estando soltera.

Por tanto, hay que convenir que denegar la prestación sólo en el supuesto de adopción coparental en el seno de un matrimonio homosexual supone una diferencia de trato para la que no se encuentra justificación objetiva.

Pero las anteriores consideraciones no llevan a concluir necesariamente que se comparta el fallo de la sentencia del TSJ de 7.7.2014 puesto que la misma se limita a rechazar los motivos por los que el juzgador de instancia denegó la prestación reclamada. Pero la Sala de lo Social del TSJ de Madrid no entra a razonar el porqué a la recurrente le corresponde, precisamente, la prestación por maternidad y no la de paternidad.

Para una mejor comprensión del problema jurídico subyacente formulemos la cuestión desde otro punto de vista: matrimonio homosexual de dos hombres, uno de los cuales aporta al matrimonio un hijo biológico que es adoptado posteriormente por su cónyuge. En este supuesto ¿la prestación que correspondería al cónyuge varón sería la de

maternidad o paternidad? Negar en este caso la prestación por “maternidad” podría constituir una discriminación por razón de sexo y lesionaría el interés superior del menor.

La cuestión que no resuelve ni la legislación vigente ni la STSJ de Madrid de 7.7.2014 es si cuando de matrimonios homosexuales se trata y se produce una adopción coparental el criterio para determinar la prestación de Seguridad Social por adopción que corresponda ha de ser el sexo cromosómico del progenitor adoptante, el sexo del adoptante conforme a la inscripción del Registro Civil o si por el contrario habría que recurrir a otros criterios hermenéuticos.

6. CONCLUSIÓN

La terminología legal vigente que diferencia entre prestación por “maternidad” y prestación por “paternidad” ha quedado obsoleta tras la legalización del matrimonio homosexual, el reconocimiento del derecho a adoptar independientemente de la orientación sexual y el espectacular avance de las técnicas de reproducción humana asistida.

Es por ello que la prestación por “maternidad” puede ser reconocida actualmente tanto a mujeres como a hombres, y lo mismo se predica de la prestación por “paternidad”.

Cuestiones jurídicas como la planteada en la STSJ de Madrid de 7.7.2014 no hacen sino poner de manifiesto que la realidad va por delante del Derecho y que dado que ya no hay un concepto único de familia sino que “este concepto se ha ido difuminando perdido entre una pléyade de situaciones de hecho que han visto surgir un concepto de familia que casi podríamos definir como cajón de sastre”⁹, no habrían de ser los jueces sino el legislador el que diera respuesta a los problemas jurídicos que plantea la aplicación de las normas de Seguridad Social a estos nuevos modelos familiares.

En todo caso, casos como el resuelto por la STSJ de Madrid de 7.7.2014 se evitarían si de “*lege ferenda*” el legislador equiparase la duración de la prestación de paternidad con la de maternidad.

⁹ PÉREZ CASTILLO, A.M.; “La Prestación Por Paternidad en los Casos de Paternidad Biológica, Adopción y Acogimiento. Análisis Crítico”. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº3/2007, p. 189.

