

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-  
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN**

Sentencia 50/2019, de 30 de enero de 2019

Sala de lo Social

Rec. n.º 819/2018

**SUMARIO:**

**Prestación de paternidad.** *Inducción del parto por muerte fetal en útero a las 39 semanas de gestación.* Debe partirse de que la finalidad del permiso de maternidad y paternidad no es lo mismo, ya que en el caso de la madre la finalidad es preservar la salud de la mujer ante un hecho biológico singular y proteger su salud durante el embarazo, parto y puerperio, con un descanso obligatorio de seis semanas inmediatamente siguientes al alumbramiento; y en el caso del padre, este permiso está configurado para atender a la nueva realidad familiar que se produce en el seno familiar, al objeto de fomentar la corresponsabilidad de padres y madres en el cuidado de los hijos comunes. Dado que ambos permisos atienden a dos realidades diferentes, con finalidades distintas, no existe discriminación alguna por la negativa del INSS a conceder al actor el permiso de paternidad, por el hecho de que la madre sí disfrutase del permiso de maternidad, ya que también en este supuesto el mismo estaba orientado a la protección de su salud. Sin embargo, al no llegar a haber «nacimiento», no existió una realidad familiar en la que el padre tuviera que acometer las exigencias y mayores responsabilidades que genera el nuevo grupo familiar, sin que exista discriminación alguna por el hecho de que la madre disfrute del permiso de maternidad en este doloroso trance.

**PRECEPTOS:**

RDLeg. 2/2015 (TRET), art. 48.7.

RDLeg. 8/2015 (TRLGSS), art. 318.

RD 295/2009 (Maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural), arts. 8.3 y 4 y 22.1.

Código Civil, art. 30.

**PONENTE:**

*Don Mariano Fustero Galve.*

**000050/2019**

Rollo número 819/2018

Sentencia número 50/2019

V.

MAGISTRADOS ILMOS. Sres:

D. JOSE ENRIQUE MORA MATEO

D. CESAR ARTURO DE TOMAS FANJUL

D. MARIANO FUSTERO GALVE

En Zaragoza, a treinta de enero de dos mil diecinueve.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, compuesta por los Sres. indicados al margen y presidida por el primero de ellos, pronuncia en nombre del REY esta

### **SENTENCIA**

En el recurso de suplicación núm. 819 de 2018 (Autos núm. 254/18), interpuesto por la parte demandante D. Eloy , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social de Teruel, de fecha 12 de noviembre de 2018 ; siendo demandados el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL sobre prestación por paternidad. Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. MARIANO FUSTERO GALVE.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

#### **Primero.**

Según consta en autos, se presentó demanda por D. Eloy contra el INSS y la TGSS, sobre prestación por paternidad, y en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de lo Social de Teruel, de fecha 12-11-18 , siendo el fallo del tenor literal siguiente:

"Que debo DESESTIMAR Y DESESTIMO íntegramente la demanda presentada por D. Eloy contra el INSS y TGSS, declarando conforme a derecho la resolución de 29 de junio de 2018 dictada por el INSS, y en consecuencia, se ABSUELVE a las demandadas de todos los pedimentos de la demanda."

#### **Segundo.**

En la citada sentencia y como hechos probados se declararon los del tenor literal:

"PRIMERO .- D. Eloy DNI: NUM000 contrajo matrimonio con D<sup>a</sup>. Felisa en fecha 30 de agosto de 2014. Son padres de un hijo nacido el NUM001 de 2015. (Libro de familia: doc. 4 acompañado a la demanda)

#### **SEGUNDO.**

En fecha 16 de junio de 2018, cuando la Sra. Felisa se encontraba de 39 semanas y tres días de gestación ( FUR 14 de septiembre de 2017), acudió al HOSPITAL000 al notar una disminución súbita de movimiento fetales, constatándose tal día: "la muerte fetal in utero". (Informe de alta del servicio de tocoginecología: doc. 5 acompañado a la demanda).

En fecha NUM002 de 2018, la Sra. Felisa ingresó en el Servicio de Urgencias del HOSPITAL000 siendo inducido el parto mediante el uso de " Misoprostol 200 mcg " por vía vaginal. (Informe de alta del servicio de tocoginecología: doc. 5 acompañado a la demanda).

En fecha NUM002 de 2018 a las 8:00 horas, D<sup>a</sup>. Felisa , dio a luz una niña de 2.880 gramos, la cual había fallecido en el día anterior. El Dr. Victorio asistió el parto y certificó la muerte anteparto. Fue dada de alta ese mismo día. (Informe de alta del servicio de tocoginecología: doc. 5 acompañado a la demanda y folio 9 de expediente administrativo; Declaración y parte de alumbramiento: doc. 1 de actor y folio 6 de expediente administrativo; Certificado del Servicio de Obstetricia: doc. 2 aportado por actor y folio 12 de expediente administrativo; Certificado de HOP: Folio 8 de expediente administrativo).

En fecha 18 de junio se comunicó al encargado del Registro civil el parto de un feto mujer, el NUM002 de 2018. La causa del aborto fue desconocida. (Acta del Registro Civil: doc. 6 acompañado a la demanda y folio 6 de expediente administrativo).

#### **TERCERO.**

- En fecha 22 de junio de 2018, la Sra. Felisa , solicitó la prestación de maternidad. (Doc. 13 acompañado a la demanda)

En fecha 26 de junio de 2018, la Directora Provincial del INSS reconoció su derecho a la prestación de maternidad del 100% sobre una Base reguladora de 6,36 euros, siendo la fecha de efectos económicos el 17 de junio de 2018, y la fecha de vencimiento el 6 de octubre de 2018. El subsidio se paga por meses vencidos tal y como solicitó la Sra. Felisa . (Resoluciones: docs. 14, 15 y 16 de expediente administrativo).

#### CUARTO.

El Sr. Eloy , desde el 19 de junio de 2017 trabaja para la Diputación Provincial de Teruel como técnico de la Administración General con un salario bruto de 2.947,60 euros incluida prorrata de pagas extras.(Nómina mayo: doc. 7 acompañado a la demanda; certificado de empresa: doc. 8 acompañado a la demanda; informe de vida laboral: doc. 9 de expediente administrativo).

#### QUINTO.

EL Sr. Eloy se encuentra en situación de baja por contingencias profesionales a fecha 28 de junio de 2018. (Parte de I.T: doc. 7 acompañado a la demanda).

#### SEXTO.

En fecha 25 de junio de 2018 el Sr. Eloy , solicitó la prestación de paternidad. (Solicitud: Doc. 11 acompañado a la demanda y folios 1 a 5 de expediente administrativo).

#### SÉPTIMO.

En fecha 29 de junio de 2018 se dictó resolución por la Directora Provincial denegando su solicitud: "Por no encontrarse en ninguna de las situaciones protegidas, de acuerdo con lo previsto en los artículos 183 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 22 y 23 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"

#### OCTAVO.

El 24 de julio de 2018 se presentó por el actor reclamación previa que fue desestimada mediante la resolución de fecha 3 de agosto de 2018 de la Directora Provincial del INSS y fue notificada el 8 de agosto del mismo año. (Reclamación: doc. 2 acompañado a la demanda; resolución desestimatoria que se da por reproducida: folios 21 y 22 de expediente administrativo y doc. 1 acompañado a demanda; Acuse de recibo: folio 23 de expediente administrativo).".

#### Tercero.

Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante, siendo impugnado dicho escrito por el INSS.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

#### Primero.

Interpone recurso el demandante contra la sentencia que denegó el derecho a la prestación por paternidad, al igual que en fase administrativa la denegó la entidad gestora.

La demanda consideraba que de no conceder al padre la prestación interesada se produciría una situación de desigualdad y discriminación respecto a su esposa, que sí percibió íntegramente la prestación de maternidad

La situación de la que parte tal pretensión deriva del alumbramiento sin vida a las 39 semanas y tres días de gestación de la hija que el actor y su esposa esperaban.

En síntesis la sentencia de instancia deniega el derecho a la prestación de paternidad por cuanto el art. 8.4 del RD 295/2009 se refiere al nacimiento con vida, en aplicación de lo dispuesto en el art. 30 del Código Civil y entiende, con amparo en la sentencia del Pleno del TC de 17 de octubre de 2018, que la maternidad y la paternidad no son situaciones iguales y comparables, por lo que no se puede extender la prestación reconocida a la madre, en caso de que el feto no reúna las condiciones del art. 30 del C.C. (si permanece en el seno materno más de 180 días) al padre.

## Segundo.

El recurso es articulado por motivo de censura jurídica y considera infringidos los arts. 14.8 y 44.1 de la L.O. 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre hombres y mujeres y concordantes, en relación al art. 183 del R.D. Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, que introdujo el art. 133 octies de Ley General Seguridad Social RDL 1/1994 y el art. 8.4 y 26.7 del RD 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, así como jurisprudencia.

Considera que la vulneración se produce porque la sentencia ha realizado una interpretación restrictiva de la expresión "nacimiento de hijo" respecto a la paralela situación de maternidad (reconocida) ya que se ha producido el parto de una hija sin vida por fallecimiento "in utero" tras 39 semanas y 3 días de gestación. Alega el recurrente que el permiso de paternidad no tiene la finalidad exclusiva del cuidado del nacido sino también de la nueva situación familiar, lo que evidencia que su finalidad es la conciliación y el acompañamiento de la madre.

Para la resolución del recurso hemos de recordar el contenido de las normas que se dicen infringidas, así como el marco normativo que resulta aplicable.

- Artículo 14.8 de L.O. 3/2007 : "A los fines de esta Ley, serán criterios generales de actuación de los Poderes Públicos:

8. El establecimiento de medidas que aseguren la conciliación del trabajo y de la vida personal y familiar de las mujeres y los hombres, así como el fomento de la corresponsabilidad en las labores domésticas y en la atención a la familia."

- Art. 44 de L.O. 3/2007 : " 1. Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se reconocerán a los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio.

2. El permiso y la prestación por maternidad se concederán en los términos previstos en la normativa laboral y de Seguridad Social."

- Artículo 177 del RDL 8/2015 : "Situaciones protegidas".

"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 períodos 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, y en el artículo 49. a) y b) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público."

-El Artículo 133 octies de la LGSS (RDL 1/1994) fue introducido por la disposición adicional 18ª.7 de la L.O. 3/2007 (actual art. 183 del RDL 8/2015 ) y establece lo siguiente:

"A efectos de la prestación por paternidad, se considerarán situaciones protegidas el nacimiento de hijo, la adopción y el acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple, 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, y aunque dichos acogimientos sean provisionales, durante el período de suspensión que, por tales situaciones, se disfrute de acuerdo con lo previsto en el artículo 48. bis del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores , aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, o durante el período de permiso que se disfrute, en los mismos supuestos, de acuerdo con lo dispuesto en la letra a) del artículo 30.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la reforma de la Función Pública ."

- Art. 318 del RDL 8/2015 :

a) En materia de maternidad y paternidad, lo dispuesto en los capítulos VI y VII del título II, respectivamente, excepto los artículos 179.1 y 185.

(...)

Los períodos durante los que el trabajador por cuenta propia tendrá derecho a percibir los subsidios por maternidad y paternidad serán coincidentes, en lo relativo tanto a su duración como a su distribución, con los períodos de descanso laboral establecidos para los trabajadores por cuenta ajena, pudiendo dar comienzo el abono del subsidio por paternidad a partir del momento del nacimiento del hijo.

- 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, establece lo siguiente:

Art. 8.3: " Con carácter general, el subsidio por maternidad tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, que, en los casos de parto, adopción o acogimiento múltiples se ampliará en dos semanas por cada hijo o menor a partir del segundo."

Art. 8.4: "En el supuesto de fallecimiento del hijo, la duración de la prestación económica no se verá reducida, salvo que, una vez finalizadas las seis semanas posteriores al parto, la madre solicitara reincorporarse a su puesto de trabajo. En este último caso, quedará sin efecto la opción ejercida por la madre en favor del otro progenitor.

Lo dispuesto en el párrafo anterior será de aplicación aun cuando el feto no reúna las condiciones establecidas en el artículo 30 del Código Civil para adquirir la personalidad, siempre que hubiera permanecido en el seno materno durante, al menos, ciento ochenta días.

En el caso de fallecimiento de hijos adoptados o de menores acogidos tampoco se verá reducida la duración de la prestación económica, salvo que los adoptantes o acogedores soliciten reincorporarse a su puesto de trabajo. En este caso, si el periodo de descanso estaba distribuido entre ambos adoptantes o acogedores, la parte no consumida por uno de ellos no se acumulará al periodo disfrutado por el otro."

Art. 22.1: " A efectos de la prestación por paternidad, se consideran situaciones protegidas el nacimiento de hijo, la adopción y el acogimiento familiar, tanto preadoptivo como permanente o simple, 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, y aunque dichos acogimientos sean provisionales, durante el periodo de suspensión que, por tales situaciones, se disfruten, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48.bis del Estatuto de los Trabajadores y durante el permiso por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, a que se refiere el artículo 49.c) del Estatuto Básico del Empleado Público, así como en virtud de lo dispuesto en la disposición adicional sexta de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre ."

-Fuera del ámbito de la prestación de Seguridad Social, y en sede puramente laboral, en cuanto al disfrute del derecho a la suspensión del contrato de trabajo por paternidad, el art. 48.7 del ET indica lo siguiente:

"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 cinco semanas, 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.

En el supuesto de parto, la suspensión corresponde en exclusiva al otro progenitor. En los supuestos de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, este derecho corresponderá solo a uno de los progenitores, a elección de los interesados; no obstante, cuando el periodo de descanso regulado en el apartado 5 sea disfrutado en su totalidad por uno de los progenitores, el derecho a la suspensión por paternidad únicamente podrá ser ejercido por el otro.

El trabajador que ejerza este derecho podrá iniciar su disfrute durante el periodo comprendido desde la finalización del permiso por nacimiento de hijo, previsto legal o convencionalmente, o desde la resolución judicial por la que se constituye la adopción o a partir de la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento, hasta que finalice la suspensión del contrato por las causas establecidas en los apartados 4 y 5 o inmediatamente después de la finalización de dicha suspensión.

El período de suspensión será ininterrumpido salvo la última semana del período total a que se tenga derecho, que, previo acuerdo entre empresario y trabajador, podrá disfrutarse de forma independiente en otro momento dentro de los nueve meses siguientes a la fecha de nacimiento del hijo, la resolución judicial o la decisión administrativa a las que se refiere el párrafo anterior. Dicho acuerdo se adoptará al inicio del período de suspensión."

### Tercero.

Sostiene el recurrente que se ha producido el hecho causante o situación protegida de "nacimiento de hijo" que concurre de manera idéntica a los casos en los que la criatura fallece poco tiempo después de transcurridas las 24 horas y considera que se vulnera el art. 183 del RDL 8/2015 y art. 22 del RD 295/2009 pues no es de aplicación a los efectos del reconocimiento de la prestación por paternidad la previsión del art. 30 del C.C., pues no puede exceptuarse para el reconocimiento de la maternidad y aplicarse a la paternidad.

Abunda esta parte en su argumentación y manifiesta que la sentencia del TSJ Asturias de 17-4-2018 se reconoció la prestación de maternidad, al igual que en la del TSJPV de 9-12-2010. Sin embargo, en ambas existe un dato diferencial muy relevante en relación al caso que nos ocupa, cual es que en esos dos casos se produjo un nacimiento con vida, tras 38 semanas de gestación, si bien ambos bebés fallecieron antes de las 24 horas.

Sin embargo, alega el recurrente, no ha sido un obstáculo reconocer la paternidad en embarazos de más de 180 días no llegando a nacer con vida, lo que ocurre con la sentencia del TSJPV de 8-3-2018. Efectivamente, tras un embarazo de 37 semanas el hijo esperado falleció, no llegando a nacer con vida y esta sentencia reconoce el derecho a la prestación de paternidad.

Esta sentencia argumenta reproduciendo lo ya razonado en una anterior de ese mismo Tribunal de 9-2-2010: "Dijimos al respecto que no era: "aplicable al caso la previsión del artículo 30 del Código Civil. En efecto, el llamado que el artículo 133 octies LGSS y el artículo 22 RD 295/09 hacen al Código Civil y a las leyes civiles de las Comunidades Autónomas lo interpretamos realizado exclusivamente a los efectos del acogimiento, puesto que se refiere al Código Civil o las leyes de las Comunidades Autónomas que "lo" regulen, siendo así que el objeto de la regulación es singular (de ahí que interpretemos que se trata del acogimiento) y no plural (por lo que no abarca al nacimiento y a la adopción)". Para indicar con posterioridad que el citado precepto del CC: "tiene por finalidad regular los derechos de las personas una vez nacidas". Declarada pues la inaplicabilidad de esa norma al supuesto objeto de debate, o cuando menos la no identidad conceptual, es indiferente que su redacción anterior tomara como referencia las 24 horas siguientes para adquirir la personalidad, y dicho fallecimiento se produjera durante ese lapso de tiempo en el caso en su momento discutido, y aquí no llegara tan siquiera a nacer vivo, puesto que en ninguno de ellos la hija/o adquirió la personalidad civil, lo cual los equipara argumentalmente a los efectos de contrariar lo alegado por la Entidad Gestora."

Esta sentencia considera que se ha producido una situación paralela a la de la maternidad (reconocida), y reproduce lo ya expresado en aquella sentencia de 2010 del mismo Tribunal: "Por tanto, el argumentario final de la sentencia tantas veces invocada igualmente es trasladable. Es decir que la resolución del INSS impugnada en

este procedimiento: "vulnera la L.O. 3/2007, en su Disposición Adicional 18ª.7 , que introdujo el artículo 133 octies LGSS con el espíritu y finalidad expresados en su Exposición de Motivos de conciliar la vida personal, familiar y laboral. Vulneración que se produce en cuanto a la restrictiva interpretación que ha hecho de la expresión "nacimiento de hijo" a los efectos de determinar la procedencia de la prestación de paternidad, ya que se ha producido una situación paralela de maternidad (reconocida), que ha habido un parto a 38 semanas y media de embarazo, que hay un sufrimiento claro por parte de la madre y del padre de la criatura que no sobrevivió y que, en tales circunstancias, la necesidad del permiso por paternidad es evidente. Y ello porque, como también hemos dicho más arriba, no tiene este permiso como finalidad exclusiva el cuidado del ser nacido, sino también la nueva situación familiar, dado que el permiso no se reduce en caso de fallecimiento del bebé una vez transcurridas las 24 primeras horas, lo que evidencia que su finalidad es más amplia (acompañamiento a la madre, incluso si el bebé ha fallecido)".

Considera igualmente el recurrente que la sentencia de instancia ha realizado una errónea interpretación y aplicación de la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 17 de octubre de 2018

#### **Cuarto.**

Como hemos expuesto la parte recurrente considera que se ha realizado una interpretación restrictiva de la expresión "nacimiento de hijo" y nos encontramos en materia de prestación de seguridad social que precisa un hecho causante de la misma, el cual en este caso es el "nacimiento de hijo" y la Sala considera que es preciso realizar una interpretación sistemática de la totalidad de los preceptos que inciden en esta situación protegida.

Desde la propia literalidad de estos preceptos ya apreciamos diferencias en el abordaje legal de la prestación de maternidad y paternidad puesto que el art. 318 del RDL 8/2015 , para el caso de la paternidad, considera que la prestación tiene su origen en el "nacimiento del hijo", y del mismo modo resulta tal prestación del art. 22 del RD 295/2009 , mientras que para la prestación de maternidad el art. 8.3 de tal Real Decreto deriva la prestación del "parto", por lo que ya existen diferencias en su causa. No es el mismo hecho el que origina ambas prestaciones y el legislador así lo ha diseñado, y por "nacimiento de hijo" no puede entenderse el alumbramiento de un feto fallecido en el útero de la madre.

En segundo lugar, una interpretación sistemática del art. 183 LGSS asocia el nacimiento (y la adopción, la guarda y el acogimiento) con la situación de suspensión que por estas situaciones se disfrute de acuerdo al art. 48.7 del ET . Es decir, es una situación que genera una prestación, en la medida que vaya asociada a un periodo de suspensión del contrato de trabajo, de acuerdo al art. 48.7. El meritado precepto, con perspectiva laboral, que no civil, regula la extensión de esta suspensión del contrato "desde la finalización del permiso por nacimiento" hasta que finalice la suspensión del contrato, y ello supone una asociación conceptual clara entre el disfrute de la prestación y el disfrute de la suspensión del contrato de trabajo, y el periodo de suspensión del contrato de trabajo exige obviamente el "nacimiento" con vida y la continuidad de esta situación pues de otra forma no concurriría el derecho a la suspensión (salvo en los casos de posterior fallecimiento del hijo previsto en el art. 8.4 del RD 295/2009 ).

El art. 318 de LGSS persiste en esta asociación entre la prestación económica por maternidad o paternidad con los periodos de descanso laboral, "pudiendo dar comienzo el abono del subsidio a partir del momento del nacimiento del hijo" lo que conlleva que el hijo debe haber nacido vivo, pues solo si sigue vivo se disfrutará de ese periodo de descanso o suspensión (salvo que ocurra un fallecimiento posterior en la forma estipulada para este caso).

Existe, por lo tanto una perspectiva laboral y de Seguridad Social que no puede ser abandonada a la hora de interpretar el art. 183 del vigente texto de la LGSS , y que la parte recurrente no considera, lo cual nos permite entrar a analizar cuál es la finalidad legal del establecimiento de estos permisos, para lo cual resulta muy relevante la interpretación que ha efectuado la reciente sentencia del Pleno del TC de 17 de octubre de 2018 , acertadamente analizada en la sentencia de instancia. En tal sentencia se analiza la petición de un padre biológico, trabajador por cuenta ajena (incluido por ello en el régimen general de la seguridad social), a percibir el subsidio por paternidad con la misma extensión y duración que la establecida legalmente para el subsidio por maternidad (dieciséis semanas) y su F.J. 5º manifiesta lo siguiente:

"Como este Tribunal tuvo ocasión de recordar en su STC 75/2011, de 19 de mayo, FJ 3, en el supuesto de parto ("maternidad biológica"), la "finalidad primordial" que persigue desde siempre el legislador es "la protección de la salud de la mujer trabajadora". O, dicho de otro modo, el legislador ha juzgado como situación merecedora de protección en materia laboral y por el régimen público de la seguridad social el supuesto de parto, "en el que la suspensión del contrato de trabajo con reserva de puesto de la legislación laboral pretende preservar la salud de la trabajadora embarazada sin detrimento de sus derechos laborales, y la prestación económica por maternidad de la seguridad social atiende a sustituir la pérdida de rentas laborales de la mujer trabajadora durante ese periodo de descanso (obligatorio como mínimo en las seis semanas inmediatamente siguientes al parto)".

Por otra parte -como también señaló la STC 75/2011, FJ 4-, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, introdujo (con rango de ley ordinaria) nuevas reglas en cuanto al derecho a la suspensión del contrato de trabajo por maternidad y creó el permiso por paternidad "de trece días de duración ininterrumpidos, ampliable en caso de parto múltiple en dos semanas más por cada hijo o hija a partir del segundo". Se trata de "un derecho individual y exclusivo del padre en el supuesto de parto", "independiente del disfrute compartido de los periodos de descanso por maternidad regulados en el art. 48.4 LET"; "constituye la medida más innovadora de la Ley Orgánica 3/2007 para favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, según establece su propia exposición de motivos". Correlativamente, la disposición adicional decimotercera de esta Ley -precepto con rango de ley ordinaria, asimismo de conformidad con su disposición final segunda- también introdujo modificaciones en la regulación de las prestaciones de seguridad social, siendo "la principal novedad" -prosigue la STC 75/2011, FJ 4- "la creación de la nueva prestación económica por paternidad ( arts. 133 octies y ss. LGSS ), a la que tiene derecho el padre trabajador durante el periodo de suspensión del contrato de trabajo por permiso de paternidad".

Fácilmente se desprende de lo razonado en la STC 75/2011, FFJJ 3 y 4, que la finalidad que persigue el legislador en la protección laboral y de seguridad social dispensada en el supuesto de parto es diferente en atención a que se trate de la madre o del padre.

En el caso de la madre, la "finalidad primordial" que persigue desde siempre el legislador al establecer el descanso por maternidad y el correspondiente subsidio económico de la seguridad social es la protección de la salud de la mujer trabajadora, durante el embarazo, parto y puerperio. Este descanso es obligatorio como mínimo en las seis semanas inmediatamente siguientes al alumbramiento; por eso el legislador, cuando permite a la madre ceder al padre, cuando ambos trabajen una parte determinada de su periodo de descanso por maternidad, excluye en todo caso la parte de descanso obligatorio posparto, que resulta así indisponible para la madre.

Distinto es el permiso por paternidad y la correlativa prestación de la seguridad social que se reconocen en nuestro ordenamiento social a partir de 2007 a los padres; inicialmente con una duración de trece días, que fue la disfrutada por el recurrente en amparo, y sucesivamente ampliada a cuatro semanas y luego a cinco semanas. Tienen, como es obvio, una finalidad distinta, que no es otra que la de favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, fomentando la corresponsabilidad de madres y padres en el cuidado de los hijos. No es ocioso recordar que ya en la STC 128/1987, de 16 de julio, FJ 9, este Tribunal advirtió que la colaboración en el cuidado de los hijos comunes ( art. 39.3 CE ) incumbe a ambos progenitores, lo que convertiría en inadmisibles una posición que partiese "de la dedicación exclusiva de la mujer a las tareas domésticas y de la exclusión absoluta del hombre de las mismas".

En el mismo sentido, valga señalar que, en el marco jurídico de la Unión Europea, la citada propuesta de Directiva relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores (2017/0085) pretende introducir el permiso de paternidad -durante un período que no debe ser inferior a diez días laborables-. Su objeto es fomentar un reparto más equitativo de las responsabilidades familiares entre hombres y mujeres y permitir que se cree un vínculo temprano entre padres e hijos, según señala su exposición de motivos.

Y en el F.J. 6º: se continúa expresando lo siguiente: " En el supuesto de parto la finalidad primordial perseguida por el legislador le ha llevado a establecer el derecho de la mujer trabajadora a suspender su contrato con reserva de puesto de trabajo durante dieciséis semanas ininterrumpidas, o el periodo superior que proceda en caso de parto múltiple, de las cuales al menos seis habrán de ser obligatoriamente disfrutadas después del parto. Igualmente, la correspondiente prestación por maternidad de la seguridad social tiene como finalidad preservar la salud de la mujer ante un hecho biológico singular, considerando que una reincorporación inmediata de la mujer a su puesto de trabajo tras el alumbramiento puede ser perjudicial para su completa recuperación; lo que hace compatible esa protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora con la conservación de

sus derechos laborales. Se trata pues de una exigencia, derivada del art. 39.2 CE , de preservar la salud de la mujer trabajadora durante su embarazo y después de este y, por otra parte, de proteger las particulares relaciones entre la madre y su hijo durante el período de puerperio, como también ha señalado la jurisprudencia del TJUE, antes citada"

Y respecto al permiso de paternidad vuelve a expresar lo siguiente:

" Obedece a una finalidad tuitiva diferente: favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, fomentando la corresponsabilidad de madres y padres en el cuidado de los hijos comunes ( art. 39.3 CE )" (...) "No se trata, como es obvio, de proteger la salud del trabajador, sino de contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares en el cuidado de los hijos. Buena prueba de la diferencia apuntada es que el permiso de maternidad en caso de parto se configura legalmente como un derecho originario de la madre trabajadora ( STC 76/2011 , FJ 3); esta puede optar por ceder al padre, cuando ambos trabajen, el disfrute de una parte determinada del periodo de descanso posterior al parto, con exclusión de las seis semanas de descanso obligatorio para la madre (art. 48.4 LET)"

Para concluir que " Siendo diferentes las situaciones que se traen a comparación, no puede reputarse como lesiva del derecho a la igualdad ante la ley ( art. 14 CE ) la diferente duración de los permisos por maternidad o paternidad y de las correspondientes prestaciones de la seguridad social".

Si la finalidad del permiso de maternidad y de paternidad no es la misma estarán justificadas las diferencias de trato previstas por el legislador. Así en el caso de la madre la finalidad, como expone el máximo intérprete constitucional es preservar la salud de la mujer ante un hecho biológico singular y proteger su salud el embarazo, parto y puerperio, con un descanso obligatorio como mínimo en las seis semanas inmediatamente siguientes al alumbramiento. En el caso del padre la finalidad de este permiso favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, fomentando la corresponsabilidad de madres y padres en el cuidado de los hijos comunes; su finalidad no es la de proteger la salud del trabajador, sino de contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares en el cuidado de los hijos.

Dado que ambos permisos atienden dos realidades diferentes, con finalidades distintas, no existe discriminación alguna por la negativa del INSS a conceder al actor el permiso de paternidad, pues tal permiso está configurado para atender la nueva realidad familiar que se produce en el seno familiar al objeto de facilitar la mejor corresponsabilidad del padre ante las nuevas necesidades del grupo familiar que se amplía. En consecuencia ante la inexistencia de esa nueva realidad familiar, el permiso de paternidad carece de situación que lo fundamente, pues su finalidad no es la que justifica el permiso de maternidad. A la vista de que son finalidades distintas las de ambos permisos y sus prestaciones de Seguridad Social, no podemos considerar que se haya quebrantado por la entidad gestora ningún precepto de la L.O. 3/2007, y obviamente el art. 30 del Código Civil condiciona la situación ocurrida en el presente supuesto en la que no se ha producido nacimiento alguno en los términos estipulados en tal norma pues " La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno." El supuesto examinado en la sentencia de instancia no llegó a haber "nacimiento" y ante la inexistente realidad familiar el padre no puede disfrutar de la prestación prevista para acometer las exigencias y mayores responsabilidades que genera el nuevo grupo familiar, sin que exista discriminación alguna por el hecho de que la madre disfrute del permiso de maternidad en este doloroso trance, pues el permiso y la prestación de maternidad, también en este caso, se dirigen obviamente a la protección de la salud de la madre en los términos expuestos. En consecuencia, no concurriendo las infracciones expuestas, el motivo ha de ser desestimado, y la sentencia de instancia confirmada.

En atención a lo expuesto, dictamos el siguiente

## FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación nº 819 de 2018 interpuesto por D. Eloy , ya identificado antes, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social de Teruel en fecha 12 de noviembre de 2018 , y en consecuencia, confirmamos dicha resolución.

Notifíquese esta resolución a las partes con la advertencia de que:

- Contra la misma pueden preparar recurso de casación para unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo por conducto de esta Sala de lo Social en el plazo de diez días desde la notificación de esta sentencia.

- El recurso se preparará mediante escrito, firmado por Letrado y dirigido a esta Sala, con tantas copias como partes recurridas y designando un domicilio en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, a efectos de notificaciones.

- En el caso de que quien pretendiera recurrir no ostentara la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de Seguridad Social, o no gozase del beneficio de justicia gratuita, deberá, al momento de preparar el recurso y en el plazo de diez días señalado, consignar la cantidad objeto de condena o formalizar aval bancario por esa cantidad en el que se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista; y que al momento de formalizar el recurso de casación, deberá acompañar resguardo acreditativo de haber depositado la cantidad de 600 euros, en la cuenta de este órgano judicial abierta en el Banco Santander, debiendo hacer constar en el campo "observaciones" la indicación de "depósito para la interposición de recurso de casación".

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.