

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-****TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA-LA MANCHA***Sentencia 498/2019, de 2 de abril de 2019**Sala de lo Social**Rec. n.º 79/2018***SUMARIO:**

**Prestación por paternidad y maternidad. Alumbramiento de niño con fallecimiento preparto (alumbramiento de criatura abortiva) a las 37,5 semanas de embarazo. Denegación por el INSS de la prestación por paternidad.** Teniendo en cuenta las medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral introducidas por la Ley Orgánica 7/2007, así como la finalidad pretendida por dicha norma de proseguir con un itinerario de equiparación mujer-hombre con la consiguiente eliminación de tratos normativos diferenciados, la situación mencionada debe ser también acreedora del derecho a la prestación de paternidad, ya que no solamente está relacionada con el cuidado de la persona nacida, sino también con la conciliación de la vida laboral y la de la pareja, en momento tan particular. No cabe, por tanto, acudir a lo que establece el artículo 30 del Código Civil, que se refiere a los efectos civiles del propio nacido, no a los que pudiera generar en terceros su nacimiento, tanto en su anterior redacción («Para los efectos civiles, solo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere 24 horas enteramente desprendido del seno materno»), como en la actual («La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno»). Debe equipararse, por tanto, el nacimiento sin vida tras el periodo ordinario de gestación que culmina con intervención quirúrgica a tal efecto, como un supuesto de hecho que permite la situación de la que deriva la prestación de paternidad solicitada. En cuanto a su disfrute, dada la imposibilidad ya por el tiempo transcurrido desde el alumbramiento, se fija una vez alcance firmeza la presente resolución judicial, con fecha de inicio, salvo acuerdo en otro sentido de las partes, dentro del mes siguiente a notificación de dicha firmeza.

**PRECEPTOS:**

RD 295/2009 (Maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural), art. 26.

RDLeg. 2/2015 (TRET), art. 48.4.

**PONENTE:**

*Don Jesús Rentero Jover.*

**T.S.J.CAST.LA MANCHA SALA SOCIAL**

ALBACETE

SENTENCIA: 00498/2019

-

C/ SAN AGUSTIN Nº 1 (PALACIO DE JUSTICIA) - 02071 ALBACETE

Tfno: 967 596 714

Fax: 967 596 569

Correo electrónico: tribunalsuperior.social.albacete@justicia.es

NIG: 02003 44 4 2017 0000454

Equipo/usuario: 4

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPPLICACION 0000079 /2018

Procedimiento origen: SSS SEGURIDAD SOCIAL 0000140 /2017

RECURRENTE/S D/ña Celestino

ABOGADO/A: LUIS ENRIQUE GARCIA JIMENEZ

PROCURADOR: MARIA JOSE COLLADO JIMENEZ

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL I.N.S.S.

ABOGADO/A: LETRADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA-LA MANCHA

SALA DE LO SOCIAL-SECCIÓN 001 (C/ SAN AGUSTIN Nº 1 (PALACIO DE JUSTICIA) - 02071 ALBACETE)

RECURSO SUPPLICACION Nº 79/18

Magistrado Ponente: Ilmo. Sr. D. JESÚS RENTERO JOVER

ILMOS/AS. SRES/AS. MAGISTRADOS/AS

D. JESÚS RENTERO JOVER

PRESIDENTE

D. JOSÉ MANUEL YUSTE MORENO  
Dª MARIA DEL CARMEN PIQUERAS PIQUERAS

En Albacete, a dos de abril de dos mil diecinueve.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados citados al margen, y

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

### **SENTENCIA**

En el Recurso de Suplicación número 79/18, interpuesto por la representación legal de D. Celestino , contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 3 de Albacete, de fecha veinte de junio de dos mil diecisiete , en los autos número 140/17, sobre Derechos sobre Seguridad Social, siendo recurrido INSS.

Es Ponente el lltmo. Sr. Magistrado D. JESÚS RENTERO JOVER.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

#### **Primero.**

Que la Sentencia recurrida dice en su parte dispositiva: FALLO: Que DESESTIMANDO la demanda interpuesta a instancia de D. Celestino , asistido de la procuradora D<sup>a</sup> María José Collado Jiménez y asistido por el Letrado D. Luis Enrique Jiménez García, contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, representado y asistido por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a este último de los pedimentos formulados de adverso.

#### **Segundo.**

Que en dicha Sentencia se declaran probados los siguientes Hechos:

##### Primero.

El actor, D. Celestino , mayor de edad, con DNI NUM000 , en situación de alta en régimen general de la Seguridad Social, prestando servicio como Facultativo Especialista del Área de Neurocirugía del HGU de Albacete, presentó conjuntamente con su esposa D<sup>a</sup> Fátima , con DNI NUM001 , solicitud de prestación por paternidad y maternidad respectivamente, mediante modelo normalizado, que obrante como documento 1 del expediente administrativo, que damos por reproducido.

##### Segundo.

El día catorce de junio de dos mil dieciséis, D<sup>a</sup> Fátima alumbró un niño con fallecimiento preparto (alumbramiento de criatura abortiva) a las treinta y siete semanas y media de embarazo. Consecuencia de ello el actor procedió a presentar, el día 15 de junio de 2016, ante el Registro Civil de Albacete la Declaración y parte de alumbramiento de criaturas abortivas que se acompaña como documento obrante al folio 6 del expediente administrativo, que damos por reproducido.

Igualmente se da por reproducido el alta por hospitalización emitido por el servicio de ginecología del HGU de Albacete, obrante a los folios 8 y 9 del expediente administrativo.

##### Tercero.

El día veintidós de junio de dos mil dieciséis por el INSS se dictó resolución denegando la prestación de paternidad con base en el art. 26.7 del R.D. 295/2009, de 6 de marzo , esto es, por haber fallecido el hijo antes del inicio de la suspensión o permiso por paternidad, damos por reproducido el contenido íntegro de la citada resolución, obrante al folio 13 del expediente administrativo.

##### Cuarto.

Que el actor formuló reclamación administrativa previa en fecha 3 de agosto de 2016, obrante la misma a los folios 16 a 18 del expediente administrativo, siendo desestimada mediante resolución expresa dictada por el Director Provincial del INSS en Albacete, en fecha 24 de agosto de 2016, (folio 19 del expediente administrativo).

Quinto.

El actor formuló solicitud de concesión de permiso por paternidad, obrante como documento 5 de los acompañados al escrito de demanda, que resultó anulado por el SESCAM ante al falta de concesión de la prestación por el INSS.

**Tercero.**

Que, en tiempo y forma, se formuló Recurso de Suplicación contra la anterior Sentencia, en base a los motivos que en el mismo constan.

Dicho Recurso ha sido impugnado de contrario.

Elevadas las actuaciones a este Tribunal, se dispuso el pase al Ponente para su examen y resolución.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.**

Contra la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de los de Albacete de procedencia, de fecha 20-6-2017, recaída en los autos 140/2017, dictada resolviendo de modo desestimatorio la Demanda interpuesta por el trabajador D. Celestino sobre Licencia de Paternidad contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, por la representación letrada de la parte demandante y ahora recurrente, con respeto a su contenido probatorio, se formaliza Recurso de Suplicación mediante un único motivo de recurso, que, acogido al apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social de 10-10 - 2011 (LRJS), y con respeto de su contenido probatorio, está exclusivamente dedicado al examen del derecho aplicado, mediante el que realiza denuncia de infracción de lo que viene establecido en la Ley Orgánica 3/2007, de 22-3- 2007, para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres, en su Disposición Adicional 18ª, y, en relación con la jurisprudencia que cita. Lo que resulta impugnado de contrario por la representación letrada de la entidad demandada, que menciona como argumento desestimatorio del mismo, lo contenido en el artículo 30 del Código Civil.

**Segundo.**

De los incombatidos hechos que han sido declarados como probados, y de lo actuado, procede destacar, a los efectos de dar una adecuada respuesta al presente recurso, en los términos en que el mismo llega ante este Tribunal, lo siguiente:

a) El día 14-6-2016 la cónyuge del reclamante, Dª Fátima alumbró un niño, con fallecimiento preparto, a las treinta y siete semanas y media de embarazo (hecho probado segundo).

b) El siguiente día, 15-6-2016, se presentó en el Registro Civil de Albacete, por el recurrente, declaración y parte de alumbramiento de criatura abortiva (hecho probado segundo).

c) Ambos cónyuges presentaron solicitud de prestación por maternidad y paternidad respectivamente, a través de modelo normalizado (hecho probado primero).

d) Concedida la misma a la madre, le fue denegada al recurrente, mediante Resolución del INSS de fecha 22-6-2016, con base en el artículo 26,7 del Real Decreto 295/2009, de fecha 6-3-2009, que regula las prestaciones económicas del sistema de la seguridad social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, por haber fallecido el hijo antes del inicio de la suspensión o permiso de paternidad (hecho probado tercero).

e) Interpuesta Demanda contra dicha denegación, recae Sentencia desestimatoria de la misma, que es la que ahora es objeto del presente recurso.

### Tercero.

Varios aspectos deben de ser objeto de análisis, a los efectos de dar respuesta al presente recurso, que versa sobre una situación de hecho que aparece muy en el límite, en la que procede intentar una interpretación del bloque normativo que sea acorde a la finalidad perseguida por la misma ( artículo 3,1 del Código Civil ), para lo que en el presente caso es de interés relevante el tomar en consideración la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 3/2007, de 22-3-2007, para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres, en cuyo punto IV, párrafo décimo, se señala que: "La medida más innovadora para favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral es el permiso de paternidad de trece días de duración, ampliable en caso de parto múltiple en dos días más por cada hijo o hija a partir del segundo. 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 ...", procediéndose, mediante la Disposición adicional decimoctava de la mencionada LO, en su punto 7, a modificar la entonces vigente Ley General de la Seguridad Social de 20-6-94 (LGSS ), introduciendo en el Título II de la misma, un nuevo Capítulo IV ter, y unos nuevos artículos, 133 octies, 133 nonies y 133 decies, reguladores de la nueva prestación de Paternidad (actual Capítulo VII del Título II del ahora vigente texto refundido de 30-10-2015, artículos 183 a 185).

Debe así de tenerse en cuenta la finalidad pretendida por la norma orgánica, que es la de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, no exclusivamente referida al parto (también a la adopción y al acogimiento), y desde otra perspectiva, la de proseguir con un itinerario normativo de equiparación mujer-hombre, de eliminación así de tratos normativos diferenciados, en esta perspectiva de la concreta institución, que a la fecha -aunque sea norma no aplicable al presente supuesto, pero sirve sin embargo también como referente de la intención del legislador y del ambiente social del momento-, se puede encontrar que se prosigue, en la línea de conseguir la equiparación de la duración de la prestación de paternidad y de maternidad, en la regulación últimamente introducida por el Real Decreto Ley 6/2019, de medidas urgentes para la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

Partiendo de esta perspectiva, y siguiendo así lo que ya fue entendido en la STSJ del País Vasco de 9-12-2010 , debe considerarse que la cuestión no estriba exclusivamente, en la consideración de esta Sala, en la existencia de un distinto trato entre la prestación de maternidad y la de paternidad, que tienen sin duda finalidades que son comunes a ambos titulares, y otras que también sin duda son diferenciadas, sino en si debe considerarse que concurre la situación que da derecho a la de paternidad debatida, cuando ha existido una gestación de 37 semanas y media, y un internamiento hospitalario e intervención quirúrgica derivada de la finalización de la gestación, aunque el resultado fuera el de nacimiento muerto (sin concretar el momento exacto del fallecimiento).

Considera este Tribunal que, en un marco de interpretación razonable, estaríamos en un parto con resultado de fallecimiento o nacimiento sin vida, una vez transcurrido el tiempo ordinario de embarazo, y con intervención quirúrgica de finalización del mismo, con ese fatal resultado, que a los efectos que se debaten, debe de considerarse equiparado a la situación que genera el derecho a la prestación de paternidad solicitada. Que como se ha señalado, no solamente está relacionada con el cuidado de la persona nacida, sino también con la conciliación de la vida laboral y la de la pareja, en momento tan particular, del parto, de la adopción o del acogimiento. Al igual que no se cuestionó por la propia Seguridad Social, el derecho al permiso de maternidad de la madre (de diferente regulación y finalidad del de paternidad, pero con claros elementos comunes). Sin que se considere por esta Sala que sea atendible el acudimiento a lo que establece el artículo 30 del Código Civil , que se refiere a los efectos civiles del propio nacido, no a los que pudiera generar en terceros su nacimiento, tanto en su anterior redacción ("Para los efectos civiles, solo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente despendido del seno materno"), como en la actual ("La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno").

A esta solución, además, aunque sea una regulación posterior no aplicable, es a lo que se acerca lo establecido en la nueva redacción del artículo 48,4 ET , introducida por el artículo 2, punto 12 del RDL 6/2019 , que establece que: "En el supuesto de fallecimiento del hijo o hija, el periodo de suspensión no se verá reducido, salvo que, una vez finalizadas las seis semanas de descanso obligatorio, se solicite la reincorporación al puesto de trabajo"; algo más confusa, y de mero rango reglamentario, la del artículo 26 del Real Decreto 295/2009 .

## Cuarto.

El caso es indudablemente excepcional y de contornos extremos, por lo que la respuesta debe de ser también de tal índole, analizando las diversas circunstancias del caso concreto, haciendo así una subsunción e interpretación acorde a la finalidad global pretendida por la norma, en el marco del momento social en que se produce. Equiparándose así, a estos meros efectos, el nacimiento sin vida tras el período ordinario de gestación, que culmina con intervención quirúrgica a tal efecto, como un supuesto de hecho que permite la situación de la que deriva la prestación de paternidad solicitada. Y en su consecuencia, que deba de estimarse el recurso formulado y revocada la Sentencia de instancia objeto del mismo. Y ello, en función de la imposibilidad, por el tiempo transcurrido, de que el disfrute de la misma pudiera ser tras el alumbramiento, con fijación del tal período de disfrute por el recurrente, una vez alcance firmeza, en su caso, la presente resolución judicial, con fecha de inicio, salvo acuerdo al efecto en otro sentido de las partes, dentro del mes siguiente a la notificación de dicha firmeza.

## FALLAMOS

Que, con estimación del recurso formalizado por parte de la representación letrada de D. Celestino contra la Sentencia de fecha 20-6-2017 del Juzgado de lo Social nº 3 de los de Albacete, recaída en los autos 140/2017, dictada resolviendo de modo desestimatorio la Demanda sobre prestación de Paternidad interpuesta por el recurrente contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, procede la revocación de la misma y el reconocimiento al demandante de la prestación de Paternidad solicitada, en los términos indicados.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en Albacete, haciéndoles saber que contra la misma únicamente cabe RECURSO DE CASACION PARA LA UNIFICACION DE DOCTRINA, que se preparará por escrito dirigido a esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha en Albacete, dentro de los DIEZ DIAS siguientes a su notificación, durante dicho plazo, las partes, el Ministerio Fiscal o el letrado designado a tal fin, tendrán a su disposición en la oficina judicial los autos para su examen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 220 de la Ley reguladora de la jurisdicción social. La consignación del importe de la condena, cuando proceda, deberá acreditarse por la parte recurrente, que no goce del beneficio de justicia gratuita, ante esta Sala al tiempo de preparar el Recurso, presentando resguardo acreditativo de haberla efectuado en la Cuenta Corriente número ES55 00493569 9200 0500 1274 que esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Albacete, tiene abierta en el BANCO SANTANDER, sita en Albacete, C/ Marqués de Molíns nº 13, indicando el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso, y si es posible, el NIF/CIF, así como el beneficiario (Sala de lo Social) y el concepto (cuenta expediente) 0044 0000 66 0079 18, pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista. Debiendo igualmente la parte recurrente, que no ostente la condición de trabajador, causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, o se trate del Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales, los Organismos dependientes de todas ellas y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita, consignar como depósito la cantidad de SEISCIENTOS EUROS (600,00 €), conforme al artículo 229 de citada Ley, que deberá ingresar en la Cuenta Corriente anteriormente indicada, debiendo hacer entrega del resguardo acreditativo de haberlo efectuado en la Secretaría de esta Sala al tiempo de preparar el Recurso.

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.