



Roj: STSJ MU 733/2015 - ECLI:ES:TSJMU:2015:733  
Id Cendoj: 30030340012015100249  
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social  
Sede: Murcia  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 931/2014  
Nº de Resolución: 292/2015  
Procedimiento: RECURSO SUPPLICACION  
Ponente: MANUEL RODRIGUEZ GOMEZ  
Tipo de Resolución: Sentencia

**T.S.J.MURCIA SALA SOCIAL**

**MURCIA**

**SENTENCIA: 00292/2015**

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

Pº GARAY, 5-2ª PLANTA. 30005-MURCIA

Tfno: 968 22 92 16

Fax: 968 22 92 13

NIG: 30030 44 4 2013 0005196

402250

DEMANDANTE/S D/ña INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

ABOGADO/A: SERV. JURIDICO SEG. SOCIAL(PROVINCIAL)

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

DEMANDADO/S D/ña: Arcadio

ABOGADO/A: BARBARA MECA ALEDO

PROCURADOR: OLGA NAVAS CARRILLO

GRADUADO/A SOCIAL:

TIPO Y Nº DE RECURSO: RSU 0931/2014

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: JZDO. DE LO SOCIAL NÚMERO DOS DE MURCIA; DEM. 0641/2013

Recurrente/s: INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Abogado/a: LETRADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Procurador/a:

Graduado Social:

Recurrido/s: Arcadio

Abogado/a: BARBARA MECA ACEBO

Procurador/a: OLGA NAVAS CARRILLO

Graduado Social:

En MURCIA, a treinta de Marzo de 2015

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, compuesta por los Ilmos Sres D. RUBÉN ANTONIO JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, D. JOSÉ LUIS ALONSO SAURA, D. MANUEL RODRÍGUEZ GÓMEZ, de acuerdo con lo prevenido en el art. 117.1 de la Constitución Española, en nombre S.M. el Rey, ha dictado la siguiente

### SENTENCIA

En el recurso de suplicación interpuesto por INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia número 0155/2014 del Juzgado de lo Social número 2 de Murcia, de fecha 2 de Mayo, dictada en proceso número 0641/2013, sobre SEGURIDAD SOCIAL, y entablado por Arcadio frente a INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

Actúa como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. MANUEL RODRÍGUEZ GÓMEZ, quien expresa el criterio de la Sala.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** .- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y en el que consta sentencia, en la que figuran declarados los siguientes hechos probados: "PRIMERO: El demandante tiene la condición de personal estatutario del Servicio Murciano de Salud. SEGUNDO: El NUM000 /2013 nacieron sus dos hijos biológicos y mellizos, Landelino y Enriqueta en la ciudad de Nueva Delhi (India) en virtud de la llamada "Gestación por sustitución" en virtud de un contrato regulador de esa técnica de reproducción humana. Los hijos del demandante fueron debidamente inscritos en el Registro Consular Español en Nueva Delhi, con sujeción a los requisitos establecidos en la legislación de Registro Civil española y, concretamente, conforme a la Instrucción de 5/10/2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. En el Registro Civil español y en el correspondiente Libro de Familia, aparece reflejada como madre biológica de Landelino y Enriqueta, Doña Vanesa. TERCERO: En virtud de comparecencia ante Notario Público del Gobierno de la India, el actor y la madre biológica de los hijos citados en el ordinal anterior, Doña Vanesa, estipularon que esta, de manera expresa, libre y voluntaria, rehusaba el ejercicio de cualquiera de las funciones inherentes a los derechos como madre, dando su consentimiento al padre biológico para ejercer con exclusividad la guardia y custodia de los hijos, así como todas las funciones parentales y obligaciones en tanto que padre genético, natural y único progenitor legal de los menores. Así mismo estipularon que el actor asumiría todos los gastos y cargas que comportara la crianza de los hijos, siendo el accionante el único beneficiario de cualquier prestación o subsidio que se pudiera solicitar en España, incluido el permiso laboral para el cuidado de los menores durante sus primeros meses de vida, al ser el accionante el único que los cuida, constituyendo su único apoyo económico y emocional desde el nacimiento. CUARTO: El actor solicitó y obtuvo del Servicio Murciano de Salud el permiso de maternidad de 18 semanas para el cuidado y protección de sus hijos Landelino y Enriqueta, con efectos desde el 25/04/2013. QUINTO: El actor, el 29/05/2013 solicitó del INSS el abono de la prestación económica por maternidad por el descanso maternal iniciado el 25/04/2013. SEXTO: El 4/6/2013 el INSS dictó resolución denegando la prestación solicitada por no encontrarse en ninguna de las situaciones protegidas a los efectos de la prestación de maternidad, de acuerdo con lo previsto en el artículo 133 bis de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS). SÉPTIMO: Contra la Resolución anterior se formuló reclamación previa, que fue desestimada por resolución de 8/7/2013. OCTAVO: La base reguladora diaria asciende a 114,19 euros"; y el fallo fue del tenor siguiente: "Que, estimando la demanda formulada por D. Arcadio contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, debo declarar y declaro el derecho del demandante a la prestación por maternidad de 18 semanas sobre una base reguladora diaria de 114,19 euros, con efectos económicos desde el 25/04/2013, condenando al INSS a estar y pasar por ello y al abono al accionante de la citada prestación en los términos dichos. No ha lugar al abono de intereses por mora, absolviendo al INSS de esta pretensión".

**SEGUNDO** .- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por el Letrado de la Seguridad Social, en representación de la parte demandada, con impugnación de la Letrada doña Barbara Meca Acebo, en representación de la parte demandante.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**FUNDAMENTO PRIMERO** .- Frente a dicho pronunciamiento se interpone recurso de suplicación por la parte demandada, basado, en el examen del derecho aplicable, a tenor del artículo 193, c) de dicha Ley, por infracción del artículo 133 bis de la LGSS, en relación con los artículos 2 y 3 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, artículo 10.1 de la Ley 14/2006 y las sentencias del TJUE citadas por la parte recurrente, al entender que la sentencia recurrida ha ampliado el campo de aplicación de los preceptos que se estiman

infringidos, al reconocerse una prestación no prevista en norma legal o reglamentaria alguna, concretamente la prestación económica por maternidad al padre biológico, pudiendo acceder a la misma solamente la mujer, sin que ello suponga desigualdad de trato.

La parte actora se opone al recurso y lo impugnan.

*FUNDAMENTO SEGUNDO* .- Para resolver el presente litigio hemos de partir de que la jurisprudencia citada por la parte recurrente no es de aplicación al caso de autos, pues hace referencia a cuestiones relativas a la no discriminación prevista para la adopción y el acogimiento, lo que nada tiene que ver con la situación derivada de la gestación por sustitución, mientras que el artículo 10.1 de la Ley 14/2006 no es una norma que regule la prestación por maternidad, sino que la finalidad que tiene es la protección de la madre biológica, lo que no elimina la posibilidad de acudir a la mencionada prestación por parte del padre biológico cuando la madre biológica no hace uso o no puede acceder a la referida prestación.

En tales condiciones, esta Sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse con anterioridad sobre un caso idéntico al presente en sentencia de 3 de noviembre de 2014 (rec.330/2014 ), la cual centra la cuestión, como en el presente supuesto, en determinar si el actor tiene derecho a la prestación por maternidad que se regula en el artículo 133 bis de la LGSS , y ha señalado que "El nacimiento de un hijo, la adopción y el acogimiento, tanto preadoptivo como permanente da lugar al nacimiento de las prestaciones que se regulan en el título II de la Ley General de la Seguridad Social, texto refundido aprobado por RDLeg 1/1994, concretamente en el Capítulo IV bis (prestaciones por maternidad, artículos 133 bis a 133 septies) y en el Capítulo V (prestaciones por paternidad, artículos 133 octies a 133 decies). La diferente regulación de una y otra prestación, unida al dato de las diferencias en la definición de alguna de las situaciones protegidas (maternidad en el caso del artículo 133bis y nacimiento de hijo en el caso del artículo 133 octies para la prestación por maternidad), unida al hecho de que su duración es diferente, pues se vincula a las situaciones de suspensión del contrato de trabajo que se contemplan en el artículo 48.4 (maternidad) y 48 bis (paternidad) del ET , permite, inicialmente, concluir que existe un tratamiento diferente, no tanto en función del sexo, como por el hecho biológico de la maternidad, exclusivo de la mujer. Sin embargo, el artículo 133 ter admite que los beneficiarios de la prestación por maternidad puedan ser los trabajadores, cualquiera que sea su sexo, disposición que se justifica porque existen determinados supuestos en los que el padre puede tener acceso a la prestación por maternidad, siendo su disfrute compatible con la de paternidad.

La duración de la prestación (subsidio) está íntimamente vinculada a la de la suspensión del contrato de trabajo, al establecer el artículo 133bis que la misma se percibe durante los periodos de descanso que se disfruten por tal situación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores . Este precepto fija la duración de la suspensión en 16 semanas ininterrumpidas, ampliables en caso de parto múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo, pero en cuanto al periodo de su disfrute establece una importante limitación, consistente en que las seis primeras semanas han de ser inmediatamente posteriores al parto que se concibe como de "descanso obligatorio para la madre". Fuera de dicho periodo de descanso obligatorio, el artículo 48.4 faculta a la madre para optar por ceder al otro progenitor el disfrute de una parte determinada del periodo de descanso, de forma simultánea o sucesiva con la madre, pero el precepto limita tal opción al caso en que ambos progenitores trabajen.

Si bien de la regulación legal de la suspensión del contrato por nacimiento de un hijo, el derecho a tal suspensión se condiciona a la existencia de un contrato de trabajo, el párrafo tercero del apartado 4 del artículo 48 contempla el supuesto de que la madre no tuviera derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestación, en el cual, al otro progenitor se le concede el derecho a suspender su contrato de trabajo por el periodo de tiempo que le hubiera correspondido a la madre, siendo tal suspensión compatible con el derecho a la suspensión del contrato por paternidad. Es este uno de los casos, además del fallecimiento de la madre y el disfrute compartido con la madre, en el que el padre puede disfrutar del permiso de maternidad.

El RD 295/2009 de 6 de marzo contiene el desarrollo reglamentario de las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y paternidad y, concretamente, en el artículo 3.4 contempla el supuesto de mujer trabajadora por cuenta propia que no tuviera derecho a prestación por maternidad, por no estar tal protección contemplada en la correspondiente mutualidad, en cuyo caso el otro progenitor tiene derecho al subsidio por maternidad, condicionando a que éste tenga derecho a disfrutar del descanso o suspensión de contrato por maternidad y el mismo derecho concede al otro progenitor "cuando la madre no tuviese derecho a prestaciones por no hallarse incluida en el Régimen Especial de la Seguridad social de Trabajadores por cuenta propia o autónomos ni en una mutualidad de previsión social alternativa".

Tal es la situación en la que se encuentra el demandante, pues la madre de sus dos hijos no tiene derecho a la suspensión de su contrato de trabajo, de modo que, de conformidad con la regulación legal y reglamentaria existente en España, el derecho que correspondería a ésta puede ser ejercido por el padre.

Tanto la suspensión del contrato de trabajo, como el disfrute de la prestación por maternidad se establecen para hacer efectiva la igualdad entre hombres y mujeres y en razón a la especial atención que requiere el recién nacido (o los adoptados o sujetos a acogimiento), por lo que, en el presente caso, existe una razón adicional para conceder al actor el derecho a la suspensión y prestación por maternidad, dado que es éste el que tiene la custodia de los hijos y no convive con la madre biológica", como así se constata en los hechos probados segundo y tercero de la sentencia de instancia.

En consecuencia, y aplicando dicho criterio al caso de autos, la sentencia recurrida, en cuanto concede al actor el derecho a disfrutar la prestación por maternidad, no vulnera los preceptos que se denuncian como infringidos, en concreto el artículo 133 bis de la LGSS, en relación con los artículos 2 y 3 del RD 295/200; por lo que debe desestimarse el recurso de suplicación planteado, confirmándose la sentencia recurrida.

## FALLO

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Social de este Tribunal, por la autoridad que le confiere la Constitución, ha decidido:

Desestimar el recurso de suplicación interpuesto por INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia número 0155/2014 del Juzgado de lo Social número 2 de Murcia, de fecha 2 de Mayo, dictada en proceso número 0641/2013, sobre SEGURIDAD SOCIAL, y entablado por Arcadio frente a INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL; y confirmar como confirmamos el pronunciamiento de instancia.

Dese a los depósitos, si los hubiera, el destino legal.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal de este Tribunal Superior de Justicia.

### ADVERTENCIAS LEGALES

Contra esta sentencia cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por Letrado dirigido al Servicio Común de Ordenación del Procedimiento (SCOP) y presentado dentro de los 10 días hábiles siguientes al de su notificación.

Además, si el recurrente hubiera sido condenado en la sentencia, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingreso en la cuenta de Depósitos y Consignaciones abierta en el Banesto, cuenta número: ES553104000066093114, a nombre de esta Sala el importe de la condena, o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiese en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por éstos su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la Secretaría del SCOP, al tiempo de la personación, la consignación de un depósito de seiscientos euros (600 euros), en la entidad de crédito Banesto, cuenta corriente número ES553104000066093114, Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, haciendo constar como concepto el de Recursos y como dígito el 35.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigase en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.

Una vez firme lo acordado, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

Así, por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.