

Roj: STSJ MAD 8633/2013
Id Cendoj: 28079340032013100397
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
Sede: Madrid
Sección: 3
Nº de Recurso: 3783/2012
Nº de Resolución: 216/2013
Procedimiento: SOCIAL
Ponente: JOSE RAMON FERNANDEZ OTERO
Tipo de Resolución: Sentencia

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 03 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 - 28010

Teléfono: 914931930

Fax: 914931958

34001360

NIG : 28.079.34.4-2012/0055201

Recursos de Suplicación 3783/2012

ORIGEN: Autos 1510/2010 Juzgado de lo Social nº 08 de Madrid

Materia : Materias Seguridad Social

Sentencia número: 216/13-MH(AF)

Ilmos. Sres

D./Dña. JOSE RAMON FERNANDEZ OTERO

D./Dña. JOSEFINA TRIGUERO AGUDO

D./Dña. EMILIA RUIZ JARABO QUEMADA

En Madrid a trece de marzo de dos mil trece, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 3 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el Recurso de Suplicación 3783/2012, formalizado por el Letrado D^a MARIA DEL CARMEN ARIAS MOLERO en nombre y representación de D. Mario , contra la sentencia de fecha 24/02/2012 dictada por el Juzgado de lo Social nº 08 de Madrid en sus autos número 1510/2010, seguidos a instancia de INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y frente a D. Mario , en reclamación por prestación por paternidad, reintegro o no de prestación, siendo Magistrado-Ponente el **Ilmo Sr. D.. JOSE RAMON FERNANDEZ OTERO** , y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

PRIMERO.- D. Mario y D. Virgilio contrajeron matrimonio el 4-12-2009 y acudieron al Condado de San Diego en el estado de California (EE.UU.) al objeto de concertar una "gestación por sustitución" según las técnicas de reproducción humana asistida fruto de la cual, nació una niña, "Manuela", el NUM000 -20 10 en Palomar Medical Center, Condado de San Diego.

SEGUNDO.- D. Mario solicitó prestación de paternidad ante la Dirección Provincial del INSS de Madrid que, le fue reconocida el 29-4-20 10 siendo la BR de 106,60 E/día y, durante el periodo temporal 124-10 a 24-4-10, siéndole abonada mediante transferencia bancaria en la cuenta indicada en su solicitud.

TERCERO.- Por oficio de 26-7 -10 la Dirección Provincial requirió al demandado al objeto de que aportase constatación de la inscripción, preceptiva, de su paternidad en el Registro civil español, bien en la legación española correspondiente al lugar del nacimiento de la menor, o el expedido por el Registro Civil Central ya que se había detectado que la Resolución estimando la prestación había sido dictada sin la existencia de la preceptiva documentación básica exigible para ello, pues sólo se había aportado en su tramitación el Certificado Médico del nacimiento de la menor expedido por el Centro Hospitalario en el que aquél tuvo lugar y la inscripción del mismo en el Registro del Condado de San Diego en California, todos ellos además , sin la correspondiente traducción.

Con la finalidad de que subsanase la omisión documental, se le concedía un plazo de 10 días advirtiéndole que, en caso de incumplimiento, se iniciaría procedimiento de revisión y reintegro de prestaciones.

CUARTO.- El 6-8-10 se presentaron alegaciones indicando que el Consulado de España en Los Ángeles (EE.UU.) había dictado Resolución de 11-3-10 por la que se había denegado la práctica de la inscripción solicitada siendo ésta recurrida ante la D.G.R.N. encontrándose pendiente de su Resolución.

QUINTO.- En fecha 13 de julio de 2011se procede a la inscripción del nacimiento del menor en el Registro civil consular de los Ángeles, en los términos que consta en el doc.1, folio 49 de autos que se da por reproducido haciendo consta el Cónsul General que donde dice "padre" debe decir progenitor A y donde dice "madre" progenitor B.

SEXTO.-El demandado no ha cumplimentado lo requerido en el oficio de 26-7-2010 aportando la constatación de su inscripción de paternidad en el Registro Civil español.

TERCERO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

Que, estimando la demanda promovida por el INSS, TGSS contra D. Mario , debo declarar y declaro la nulidad de la resolución 29-04-2010 por la que se reconoció al demandado la prestación de paternidad, declarando indebidamente percibida la cantidad de 1.385,80 euros y obligando al demandado D. Mario a reintegrar la cantidad al INSS por indebidamente percibida.

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por el Letrado D^a MARIA DEL CARMEN ARIAS MOLERO en nombre y representación de D. Mario , siendo impugnado por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social en nombre y representación de INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección en fecha 22/06/2012, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose el día 19-02-13 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la Sentencia estimatoria de la demanda del INSS se alza, en suplicación el actor articulando diversos motivos. En primer lugar, y por la vía del 193 b) de la Ley 36/2011 solicita una modificación del hecho probado 4º puramente aclaratoria pues hace referencia a la contestación al requerimiento que efectuó el INSS el 26-07-10 (hecho probado 3º) consistente en que estaban a la espera de la resolución del recurso interpuesto contra la denegación de la inscripción del consulado de España.

SEGUNDO.- Ya por el cauce jurídico del 193 c) de la Ley 36/2011 se denuncia infracción del artículo 133 octies, nonies y decies de la LGSS en relación con el artículo 45. 1 d) y 48 bis del ET .

Se alega al efecto que el demandado y su marido (ambos españoles) obtuvieron la paternidad de su hija Manuela en California por técnicas de gestación por sustitución (hecho probado 1º) siguiendo la normativa legal del Código del Familia de California que exige una Sentencia Judicial de extinción de los derechos de la madre gestante y atribución de paternidad a los padres gestantes habiéndose expedido el correspondiente certificado de nacimiento (f. 49 a 51) y expedido el correspondiente libro de familia (f 59 a 61) de modo que la Sentencia denegatoria de la prestación de paternidad está vulnerando el artículo 14 de la CE pues dada la finalidad social de esta prestación - que atiende al interés del menor - se está discriminando a su hija Manuela, por haber nacido a través de gestación por sustitución . Y así es en efecto.

Toda la argumentación de la Sentencia y de la Entidad Gestora se puede resumir en que consideran que no existe el derecho a la prestación de paternidad porque la relación de filiación es ilegal ya que la Ley 14/2006 sobre Técnicas de reproducción asistida en su artículo 10 establece que <<1.- Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin permiso, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2.- La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. 3.- Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico>>.

Pero es evidente que el derecho a la no discriminación en función de la filiación supone un orden público constitución suprallegal, de modo que el carácter ilegal de una filiación no justifica ningún trato diferenciado.

La Sentencia, y la Entidad Gestora desenfocan totalmente el núcleo jurídico comprometido en este litigio.

La prestación de paternidad o de **maternidad** son técnicas sociales tuitivas del menor, formas de garantizarle una mayor atención, la denegación de la prestación supone en realidad privarlos de la asistencia y dedicación que a través de la prestación se abona a los padres.

Por eso carece de sentido invocar la Ley 14/2006, en su artículo 10 , pues, no es una norma reguladora de la prestación de paternidad, ni tiene por objeto condicionar la atención a los menores. Es una normativa cuyo objeto es proteger la **maternidad** biológica, cuestión ajena a este litigio donde se trata de proteger el derecho del menor, que quedaría desamparado en base a una hipotética tutela de un anónimo derecho biológico.

No se pueden hacer interpretaciones metafísicas de la normativa prestacional de la Seguridad Social. Invocar hipotéticos derechos biológicos naturales, de personas anónimas y que difícilmente podrán ostentarlo dada su nacionalidad y la renuncia judicial a los mismos, para obstaculizar el derecho a las prestaciones sociales de menor.

Si definimos más allá del rito alegatorio, la pretensión de la Entidad Gestora, vemos con claridad que su base jurídica es una defensa de la **maternidad** biológica en un supuesto en que la misma no pudo determinarse de modo que negando la paternidad y **maternidad** jurídica a los progenitores, convierten al menor en un huérfano.- ¿Tendría, en su interpretación, prestación de orfandad? - Invocan una legalidad inaplicable - metafísica - en base al artículo 10 de nuestra Ley 14/2006 , para contraponerla a una legalidad que se ha aplicado físicamente - la del Código de Familia del California, que no reconoce derecho de filiación a la anónima madre biológica .

Los hechos hipotéticos o improbables no pueden privilegiarse frente a los hechos ciertos y reales.

De todas formas esta Sala ya se ha pronunciado sobre esta prestación - la prestación de esta menor, y sus dos progenitores - padre y madre - (No creemos que Manuela los llame progenitor A y progenitor B) y este precedente obviamente nos vincula .

Así en la Sentencia de esta Sala nº 668/ 2012 dijimos lo siguiente:

*"SEGUNDO.-La sentencia de instancia ha fundado su criterio en que el actor no ha alumbrado a la menor y que no consta que la haya adoptado, habiendo reconocido éste que la madre biológica fue una mujer que la gestó por encargo ("**vientre** de **alquiler**") , siendo el contrato correspondiente nulo conforme al art 10*

de la Ley 14/06, de 26 de mayo, de reproducción asistida, y que la filiación de los menores nacidos de este modo viene determinada por el parto, añadiendo que en la inscripción registral no se refleja la condición de madre del actor.

No cabe duda de que lo expuesto en dicha sentencia es correcto en vertiente fáctica, pero en el ámbito estrictamente jurídico debe tenerse en cuenta que no consta en la declaración de hechos probados que se haya recurrido la Resolución de la DGRN de 3-5-11 a que concretamente alude en su ordinal cuarto, que permanece así inalterado también en este punto (el escrito de impugnación de recurso, por su parte, únicamente se refiere a una Resolución de la DGRN de 18-12-09, de la que tampoco expresa más circunstancias que la de que se refería a la inscripción del nacimiento de dos menores nacidos mediante la misma técnica y denegada por el Registro Consular, sin otras precisiones y, de todos modos, es distinta y anterior a la que se alude en el presente caso), ordenando tal Resolución (la actual, de 3-5-11) que se proceda a la inscripción de nacimiento solicitada por el actor y su pareja, señalando previamente, entre otros extremos, que no es aplicable el art 10.1 y 2 de la Ley 14/06 (LTRA) porque lo que se pretende del encargado del Registro Consular es que se inscriba una relación de filiación previamente declarada por una autoridad judicial extranjera, es decir, una tutela por reconocimiento de las autoridades españolas y no otra cosa, lo que ha de estimarse correcto al entender de la Sala, y que "para aquellos casos en los que la resolución derive de un procedimiento equiparable a un procedimiento español de jurisdicción voluntaria, nuestro TS ha proclamado en diversas ocasiones que su inscripción no quedaría sometida al requisito de obtener el reconocimiento a título principal, con lo que el particular podría lograr ante el Encargado del Registro el reconocimiento incidental de la resolución como requisito previo a su inscripción sin tener que recurrir al mencionado régimen de la LEC 1881" (se refiere a sus arts. 954 y ss) citando en tal sentido los AATS de 29-9 y 1-12- 98 Y 18-6-00 ."

En efecto, el ATS de 1-12-98 dice textualmente al respecto: "La resolución cuyo reconocimiento se persigue, en cuanto constituye la adopción de una menor de edad, participa de la naturaleza de los actos de jurisdicción voluntaria, en los que la intervención de la autoridad jurisdiccional no viene dada por la existencia de un litigio o controversia entre partes enfrentadas sino que su actuación es necesaria por así tenerlo previsto la correspondiente norma, ya se encamine a recibir las declaraciones de voluntad privadas, constituyendo entonces un requisito formal para la eficacia del acto, ya se dirija a interpretar y aplicar la ley al caso que se le somete, otorgando a éste efectos constitutivos o atributivos de derechos para los intervinientes en él. En el orden jurídico procesal español los actos de jurisdicción voluntaria se han caracterizado asimismo por no producir efecto ejecutivo -al menos en sentido propio- ni de cosa juzgada material, pudiendo someterse la cuestión al conocimiento de los jueces y tribunales a través del procedimiento contencioso que corresponda.

Atendiendo a estas características, esta Sala ha venido negando el reconocimiento a los actos de semejante naturaleza a través del procedimiento de exequatur regulado en los arts. 951 y siguientes de la LEC . Ya desde antiguo (cfr. ATS 7-2-55), se había puesto de relieve las singulares diferencias existentes entre las resoluciones recaídas en los expedientes de jurisdicción voluntaria y las sentencias dictadas en los juicios contenciosos (vid. AATS 16-7-96 y 16-9-97), diferencias que se revelan tanto en la causa y forma en que se produce la actuación jurisdiccional, como en la función que la ley reserva a la intervención del órgano jurisdiccional y, en fin, en los efectos que despliegan uno y otro tipo de decisiones. Estas diferencias vetan cualquier intento de aplicación siquiera analógica del procedimiento previsto en los artículos 951 y siguientes de la LEC y desplazan la cuestión de la homologación de los actos de jurisdicción voluntaria al reconocimiento por vía incidental por el órgano o autoridad ante la cual quieran hacerse valer los particulares efectos que se deriven de él..."

A partir de ahí, entiende que lo que únicamente se precisa para resolver la contienda planteada es determinar si se cumplen los requisitos de la instrucción de la propia DGR de 5-10-10 para posibilitar la inscripción del nacimiento de la menor, a saber: a) la presentación ante dicho encargado de una resolución judicial dictada por el Tribunal competente; b) que el procedimiento seguido ante el mismo sea equiparable a uno español de jurisdicción voluntaria (es decir, que no haya contienda), siendo de reseñar al respecto que el TS en sus precitadas resoluciones reconoce a dicho Encargado habilitación para reconocer la resolución judicial extranjera con carácter previo a la inscripción; c) que el órgano jurisdiccional extranjero haya basado su propia competencia en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española; d) que dicha resolución se haya respetado el interés superior del/de la menor, subrayando el hecho de la custodia inmediata y total de los padres intencionales y la ruptura absoluta del vínculo con la madre gestante (SSTSJUE de 2-10-03 y 14-10-08 acerca del derecho del menor a gozar de una identidad única); y, e) el conocimiento de esta última del alcance de su renuncia y el carácter absoluto de la misma, a todo lo cual la Resolución da una respuesta positiva en este caso al admitir la inscripción.

Sobre esta base, lo que procede examinar ahora, al hilo del argumento del escrito de impugnación de la parte demandada de que la sentencia -cuya confirmación solicita- "no se cuestiona la legalidad de la DGRN...sino únicamente sus efectos respecto a la prestación contributiva de **maternidad** por parto", es la cuestión de cuál sea el interés protegido con la misma, que viene regulada en el art 133 bis y ss de la LGSS , porque los referidos efectos están indefectible e ineludiblemente vinculados al interés jurídicamente protegible, pues aunque los beneficiarios sean "los trabajadores por cuenta ajena" a que alude el art 133 ter de esa norma, lo que se trata de amparar es no sólo el cuidado de la madre, en los casos de **maternidad** biológica, sino también y en todo caso, el del menor, de ahí que se haya desgajado la previsión normativa de la regulación general de la incapacidad temporal donde inicialmente tenía cabida y que se contemplen los casos de adopción y acogimiento, que no conllevan parto previo de los adoptantes o acogedores.

En este sentido se ha pronunciado ya esta Sala (Sección 3ª) en su sentencia de 30-11-09 , que al respecto señala que "el derecho que nos ocupa es la cobertura prestacional a una situación de intereses complejos entre los que destaca, como predominante, la atención del menor durante la etapa inicial de su vida familiar, apareciendo como coyunturales la necesidad de atención a la madre, como consecuencia del parto...", teniendo, por otra parte y en otro orden de cosas, reconocida el TS en su sentencia de 15-9-10 la prestación en una pareja del mismo sexo (femenino) a la madre adoptante tras su disfrute por la madre biológica con la que aquélla se constituyó en pareja varios años después del nacimiento de la menor, señalando que incluso habiéndose generado el derecho en la segunda (madre biológica), se puede producir una situación posterior que permita después el disfrute prestacional por la adopción de ese/a menor, porque "aunque el sujeto causante sea el mismo, se han producido sucesivamente las dos situaciones protegidas" (dos mujeres como madres, una de carácter biológico y otra posteriormente adoptante), todo lo cual da idea, cuanto menos, de la amplitud de supuestos que se estima en la hermenéutica judicial que es propia de la normativa sobre el particular.

En efecto, conforme al meritado art 133 bis de la LGSS , se consideran situaciones protegidas la **maternidad**, la adopción y el acogimiento, sin que se dé previamente una definición de qué se entienda por lo primero, lo que hace remitirse al concepto general de "estado o cualidad de madre", que no exige ineludiblemente el previo hecho del parto de esa madre, aunque éste sea el primer supuesto, de ahí que se le pariguen la adopción y el acogimiento, si bien como situaciones distintas y claramente diferenciadas de dicha **maternidad** biológica, refiriéndose el art 133 ter de la misma norma a los beneficiarios de la prestación como a "los trabajadores por cuenta ajena, cualquiera que sea su sexo...", constituyendo el RD 295/09 una norma reglamentaria de desarrollo que, en tal condición, ni puede contravenir el tenor legal ni lo hace, en cuanto que, como ya apunta su preámbulo al aludir en primer lugar a la L.O. 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, lo que pretende es dicho desarrollo en este ámbito igualatorio, habiendo sido precisamente esa L.O. la reformadora de la LGSS en este punto, con reiteración en la norma reglamentaria tanto de las situaciones protegidas (art 2) como el concepto de beneficiarios (art 3) sin distinción de sexo, significando, en fin, el RD en su intención expositiva que la ampliación de la protección social que supone, tiene el objetivo de mejorar la integración de la mujer en el ámbito laboral así como también "favorecer la conciliación de la vida familiar y laboral", lo que es aplicable a las familias de la naturaleza o clase que sea.

Desde esta base, debe repararse en que la unión entre personas del mismo sexo permite mantener indiferenciada la condición de progenitor de cada uno de los miembros de la pareja en relación con los hijos, lo que no ha de hacer de peor derecho a aquéllos respecto de la constituida por miembros de distinto sexo, sin que el parto como hecho biológico suponga un obstáculo insalvable en función de los restantes supuestos de adopción y acogimiento y los que puedan asimilarse a los mismos, como es el caso presente según más adelante se verá, sobre la base de que en él la madre biológica no aparece como madre a los efectos civiles y no se le ha reconocido ningún derecho al respecto, habiéndose logrado la filiación legal por el actor y su pareja.

TERCERO.- Evidentemente y por principio, el enjuiciado no es un caso que pueda incardinarse entre los de **maternidad** biológica, debiendo tenerse muy presente al respecto lo que el art artículo 45.1 d) del ET enumera entre las causas de suspensión del contrato de trabajo y lo que el art. 48.4 de esa misma norma dispone en relación con la suspensión del contrato con reserva de trabajo cuando alude al supuesto de parto, a la opción de la interesada, a la madre y al otro progenitor, así como la referencia a los supuestos de adopción y de acogimiento, de acuerdo con el artículo 45.1.d) de dicho Estatuto, y también a ambos progenitores cuando los dos trabajen, a lo que cabe añadir, en fin, la suspensión del contrato causada por paternidad del trabajador regulada en el artículo 48 bis, diferenciándose entre el supuesto de parto, en que la suspensión corresponde en exclusiva al otro progenitor, y los supuestos de adopción o acogimiento, en que este derecho corresponderá sólo a uno de los progenitores, a elección de los interesados.

Desde el examen de tales normas y la filosofía que las inspira, cabe concluir que la licencia de **maternidad** se concibió para proteger a las trabajadoras durante el período de embarazo y de recuperación después del parto, teniendo por finalidad cuidar la salud de la mujer trabajadora y la de su hijo durante el período inmediatamente anterior o posterior a la de su nacimiento.

Junto a esa licencia y también relacionada con el nacimiento o la llegada al hogar de un hijo, natural o adoptivo, se establecen licencias parentales que tienen por objeto la atención del mismo y la conciliación de las responsabilidades familiares con la ejecución de una actividad profesional remunerada y que, por tanto, atienden a otras finalidades.

Hay, pues, dos situaciones que deben diferenciarse en relación con la llegada de un hijo/a al núcleo familiar, generador de ese derecho de licencia de **maternidad** o paternidad: a) La de parto, como causa de suspensión del contrato de trabajo, que sólo corresponde a la madre que físicamente ha gestado y ha dado a luz un/a hijo/a, y b), la situación sin parto de los otros progenitores que, en el grado y condición que corresponda, también se ven afectados por esa nueva configuración familiar pero desde otra perspectiva y relación con el sujeto que la motiva.

Es incuestionable que la primera no es posible en este caso porque el actor no es mujer y no ha sufrido un proceso de gestación ni ha parido. Su condición de progenitor no obsta para excluirle de aquella condición de "madre", aunque se le integre como progenitor B, ya que no la ostenta por ser sujeto que ha contribuido físicamente a dar a luz sino que viene otorgada porque así figura en el Registro Civil en su condición de sujeto que ha obtenido esa posición por virtud de una filiación conseguida mediante "gestación por sustitución".

Es cierto, por otro lado, que La licencia por **maternidad**, aunque derive del parto, no tiene como única beneficiaria a la madre sino que, como ya se ha indicado, ese beneficio puede extenderse a otros sujetos distintos, aunque relacionados con aquélla, de ahí el derecho del progenitor a disfrutar del permiso por **maternidad** por sustitución en aquellos casos en que la madre, beneficiaria del derecho, lo trasfiere al otro progenitor, ya por opción o por muerte, o porque no haya generado el derecho a la licencia ni prestación económica que lo acompañe, pero en este caso tampoco estaría encuadrado el demandante, en tanto que no existe madre de la que obtener esa transferencia del derecho.

Junto a las anteriores, y como situaciones ajenas, pero claramente asimiladas por el legislador a la **maternidad** por nacimiento de un hijo, pero con un tratamiento específico, se encuentra la adopción y el acogimiento familiar, como figuras que generan derecho a la suspensión del contrato de trabajo, en donde "ambos progenitores" podrán disfrutar del periodo de suspensión, simultánea o sucesivamente.

CUARTO.- Los derechos laborales antes referidos se completan o complementan con la protección que otorga el sistema de Seguridad Social en esos casos que se presentan durante la relación laboral, y así, la acción protectora del sistema comprende la **maternidad** y paternidad (artículo 38.1 c) de la LGSS), y en la regulación específica de esta protección se da el correspondiente tratamiento a las situaciones protegidas en uno y otro caso, de tal modo que en lo que aquí interesa, la protección de **maternidad**, recogida en el Capítulo IV bis de la LGSS, se comprenden como situaciones protegidas, dentro del supuesto general, según dispone su artículo 133 bis, "la **maternidad**, la adopción y el acogimiento,... durante los periodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48.4 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores".

Por tanto, y en coherencia con esas situaciones, los sujetos beneficiarios de esa protección serán los trabajadores que disfruten de los periodos de suspensión del contrato de trabajo que se correspondan con las mismas, cualquiera que sea su sexo conforme al precitado artículo 133 ter de la LGSS .

No hay que olvidar que en la suspensión del contrato se incluye la adopción y acogimiento familiar que, junto al derecho de la madre a pasar al otro progenitor parte de su derecho, incluso en casos de muerte o no existencia del derecho, permite reconocer la protección no sólo a la mujer sino al hombre.

La **maternidad**, pues, a la que se refiere, como situación protegida, el precepto en cuestión, no es más, como ya se ha apuntado, que la que se corresponde con el nacimiento del hijo por parto de la persona que reclama el derecho, en coherencia con los derechos que reconoce el ET, y de los que traen causas estas prestaciones, vinculadas al derecho a la suspensión del contrato de trabajo por **maternidad**, ya por naturaleza, adopción o acogimiento.

Siendo ello así, es indudable que, en el caso resuelto por la sentencia de instancia el demandante no ostenta la condición de sujeto beneficiario de la prestación de **maternidad** por parto, aunque figure como progenitor inscrito en el Registro Civil.

Para llegar a esta conclusión bastaría con examinar el contenido de la propia prestación de **maternidad** por parto y sus diferencias con la **maternidad** por adopción y la posición que en una y otra ocupa el "progenitor", como análisis que podría despejar cualquier invocación de trato discriminatorio, toda vez que en la prestación de **maternidad** por parto es la "madre biológica" la que tiene reconocido el derecho y sólo en contadas situaciones y circunstancias el legislador permite que pueda transferirse ese derecho al "otro progenitor", que lo obtendrá como tal derecho de **maternidad** y por existir madre biológica, de tal suerte que el otro progenitor jamás es beneficiario directo del derecho prestacional e incluso jamás podrá disponer de determinado periodo que la norma reserva exclusivamente para la madre. Su condición de progenitor no le otorga la de madre biológica de la que trata el ámbito de protección de la Seguridad Social cuando se refiere a la **maternidad** como situación protegida en los términos expuestos anteriormente y relacionados con los derechos de suspensión del contrato de trabajo.

La finalidad que la **maternidad** por parto contempla la norma y a la que se adapta el propio régimen jurídico que la misma tiene establecido, no es equiparable con la situación que ostenta el demandante, porque, además de la finalidad que se persigue con esta concreta protección (salud de la madre, antes y después del parto, además de la de su atención al nacido), su situación, en relación con el hijo, no sería en modo alguno semejante a aquella en la que se encuentra la mujer que va a alumbrar un hijo, incluso aunque aquél mantuviera vínculo biológico con éste, que le colocaría en la posición de progenitor pero no en el de madre o madre biológica que utiliza el ET y la LGSS.

Es más, la **maternidad** como situación protegida y vinculada al parto está claramente referida en la regulación del subsidio no contributivo cuando identifica a las beneficiarias de la misma, como las trabajadoras que "en caso de parto....." (artículo 133 sexies de la LGSS y artículo 15 del Real Decreto 295/2009).

QUINTO.- Queda por determinar si existe otra posición en la que poder incluir o entender incluido el supuesto en el que se encuentra el demandante dentro del derecho prestacional que demanda.

Como se ha dicho, junto a la **maternidad** por parto existe la **maternidad** por adopción y acogimiento familiar, donde los sujetos beneficiarios son los que la norma identifica como "progenitores" de esa clase. Ciertamente, el demandante y su pareja no han acudido a esta figura jurídica para establecer la relación familiar con su hijo y, por tanto, parece que no podría entenderse, en principio, que les fuera de aplicación ese régimen.

Ahora bien, parece igualmente evidente que la posición del demandante, a los efectos litigiosos, es similar a la que, también como "progenitores", ocupan aquéllos que se hallan en supuestos de adopción o acogimiento familiar y cubriendo de igual manera la finalidad que persigue la norma, y ello en virtud de lo que establece el art 4.1 del C.C ., porque aunque la **maternidad** derivada de la condición de progenitor inscrito como tal en el Registro Civil y en virtud de una gestación como la que se contempla en el caso presente no está contemplada en la LGSS, ni, en consecuencia, desarrollada en el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, los supuestos guardan semejanza, en tanto en cuanto la posición que ocupan los progenitores en uno y otro caso respecto del nacido, adoptado o acogido es la misma en el marco de las relaciones laborales y familiares en las que están inmersos.

Por otra parte, tampoco sería posible entender que la norma realmente no quiere reconocer el derecho, dado que no hay exclusión alguna al respecto, de forma que es posible inferir que se está ante una laguna legal, y la identidad de razón concurre desde el momento en que se trata de dar protección por **maternidad** a quien ostenta la condición de progenitor de un menor por título jurídico diferente a la adopción o acogimiento pero idóneo por haber inscrito en el Registro Civil la filiación entre el menor y el que reclama la prestación.

Si en la adopción son sujetos directos del derecho a la prestación de **maternidad** los progenitores, cualquiera que sea su sexo, sin mayor vinculación que la relación jurídica que ha generado esa filiación por adopción o acogimiento, con igual o mayor razón sería extensible ese derecho a quienes, como el demandante, ostentan legalmente esa condición aunque derive de otro título al que el ordenamiento español, por medio de lo que la Dirección General de los Registros y Notariado ha interpretado y resuelto a raíz de la Instrucción de 5 de octubre de 2010, le ha otorgado, reconociéndole la eficacia suficiente para generar el vínculo necesario para ser sujeto de las prestaciones que ahora se reclaman.

En todo caso y si no, la interpretación extensiva de la norma se impondría en una situación como la presente en virtud de lo que dicho concepto supone de inclusión en una norma de casos no expresos en ella pero virtualmente insertos en su espíritu, de tal modo que tiene lugar cuando el sentido hallado es más amplio que la letra de la norma, lo que ocurre si la fórmula verbal empleada por ésta dijo menos de lo

que realmente quería decir, esto es, que el texto legal es extendido mediante esa clase de interpretación a supuestos comprendidos en su verdadero sentido, aunque no en su estricta dicción.

De manera, pues, que por cualquiera de ambas vías, se llega a la misma conclusión acogedora del recurso, como si de una adopción se tratase.

SEXTO.- Por último, respecto de la similitud con la familia monoparental, como argumento que se invoca por la parte recurrente, ha de considerarse que la familia monoparental a la que se quiere referir la parte recurrente es aquella en la que el vínculo entre el hijo y su progenitor no viene establecido por la existencia de madre conocida o identificada a efectos jurídicos como tal.

*El concepto de familia monoparental que la acción protectora de la Seguridad Social mantiene en las prestaciones de **maternidad** no contributiva viene reflejado en el artículo 17.2 del Real Decreto 295/2009 , antes citado, diciendo que "Se entenderá por familia monoparental la constituida por un solo progenitor con el que convive el hijo nacido y que constituye el sustentador único de la familia".*

Pues bien, como ya se ha indicado, de no haber mantenido el demandante una relación de pareja o matrimonial con otra persona, pero con el resto de las condiciones que concurren respecto del menor o nacido, esta figura quedaría comprendida en el supuesto anteriormente descrito, ya que la situación a proteger es la misma y la persona que debe beneficiarse tiene también similar posición, ante la inexistencia de adopción o acogimiento familiar pero con inscripción registral de la filiación y sin madre por naturaleza conocida.

SÉPTIMO.- Repárese, en fin, y siquiera sea dicho como mero colofón dialéctico de lo precedentemente razonado, que es difícilmente asumible, por repugnar a la lógica más primaria, que se deniegue la prestación al actor en sus descritas circunstancias cuando se le reconocería ex lege si él y su pareja se hubiesen limitado a adoptar o a acoger a un menor, solución que sería contraria tanto al espíritu como al contenido general de la precitada LO 3/2007 en cuanto modificadora, para acercarlo a su filosofía y postulados, del Capítulo IV Bis del Título III de la LGSS donde se ubica el articulado (arts 133 bis y ss) objeto de examen en este procedimiento, sin que tal diferencia pueda tampoco entenderse acorde, en fin, con el espíritu que anima al resto de la legislación vigente concernida de algún modo en este caso, con el que aquella y la propia LGSS están llamadas a conformar un todo armónico, toda vez que las sucesivas reformas en los diversos ámbitos acerca de la familia y cuanto a ella se refiere responden a la voluntad mayoritaria de la sociedad de que existan diversas clases de la misma y que todas ellas reciban el mismo trato en orden a derechos y obligaciones.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que estimando el Recurso de Suplicación interpuesto por el Letrado D^a MARIA DEL CARMEN ARIAS MOLERO en nombre y representación de D. Mario , contra la sentencia de fecha 24/02/2012 dictada por el Juzgado de lo Social nº 08 de Madrid en sus autos número 1510/2010, seguidos a instancia de INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y frente a D. Mario , en reclamación por prestación por paternidad, reintegro o no de prestación, revocamos la sentencia de instancia y desestimando la demanda, absolvemos de la misma al demandado.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

MODO DE IMPUGNACIÓN : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador ,causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Publico de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS , y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2828-0000-00-3783-12 que esta sección tiene abierta en Banco Español de Crédito sita en C/ Miguel Ángel, 17; 28010 Madrid, pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico

por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art.230.1 L.R.J.S).

Se advierte, igualmente, a las partes que preparen recurso de casación para la unificación de doctrina contra esta resolución judicial, que, según lo previsto en la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, modificada por el RDL 3/13 de 22 de febrero, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y de Ciencias Forenses, con el escrito de interposición del recurso habrán de presentar justificante de pago de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional a que se refiere dicha norma legal, siempre que no concurra alguna de las causas de exención por razones objetivas o subjetivas a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 4 de la misma, ascendiendo su importe fijo con carácter general a 750 euros, salvo en el caso de trabajadores, sean por cuenta ajena o propia, o beneficiarios del régimen público de Seguridad Social, en cuyo caso su montante será de 300 euros, amén de la cuota variable de la citada tasa en atención a la cuantía del recurso que hace méritos el artículo 7.2 de la misma norma , con una exención, también en este caso, del 60 por 100 si se trata de trabajadores o beneficiarios del Sistema de la Seguridad Social, tasa que se satisfará mediante autoliquidación según las reglas establecidas por Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en la Orden HAP/266/2012, de 13 de Diciembre, por la que se aprueba el modelo 696 de Autoliquidación, y el modelo 695 de solicitud de devolución por solución extrajudicial del litigio y por acumulación de procesos, de la tasa por ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civil, contencioso administrativo y social y se determinan el lugar, forma, plazos y los procedimientos de presentación, norma reglamentaria en vigor desde el 17 de diciembre de 2012, en el bien entendido de que, caso de acompañar dicho justificante, no se dará curso al escrito de interposición del recurso hasta que se subsane la omisión producido, debiéndose ser requeridos formalmente por el Secretario judicial para su aportación.

Si la condena consistiere 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 ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

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

PUBLICACIÓN

Publicada y leída fue la anterior sentencia en el día de su fecha por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.