



Roj: **STSJ GAL 6287/2023 - ECLI:ES:TSJGAL:2023:6287**

Id Cendoj: **15030340012023104328**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **22/09/2023**

Nº de Recurso: **4041/2022**

Nº de Resolución: **4053/2023**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **JOSE ELIAS LOPEZ PAZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIALA CORUÑA**

**SENTENCIA: 04053/2023**

PLAZA DE GALICIA, S/N

15071 A CORUÑA

**Tfno:** 981-184 845/959/939

**NIG:** 32054 44 4 2021 0003129

Modelo: 402250

**RSU RECURSO SUPLICACION 0004041 /2022 PM**

Procedimiento origen: SSS SEGURIDAD SOCIAL 0000764 /2021

Sobre: OTROS DCHOS. SEG.SOCIAL

**RECURRENTE/S D/ña** INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

**ABOGADO/A:** LETRADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, LETRADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL , ,

**RECURRIDO/S D/ña:** Rosendo

**ABOGADO/A:** MARIA VISITACION FERNANDEZ GUEDE

**ILMO. SR. D. LUIS F. DE CASTRO MEJUTO**

**PRESIDENTE**

**ILMO. SR. D. JOSE ELIAS LOPEZ PAZ**

**ILMO. SR. D. RICARDO RON LATAS**

En A CORUÑA, a veintidós de septiembre de dos mil veintitrés.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, 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 SUPPLICACION **4041/2022**, formalizado por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia número 146/22 dictada por JDO. DE LO SOCIAL N. 4 de OURENSE en el procedimiento SEGURIDAD SOCIAL 764/2021, seguidos a instancia de Rosendo frente a INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/Dª JOSE ELIAS LOPEZ PAZ.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO:** D/Dª Rosendo presentó demanda contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 146/22, de fecha nueve de marzo de dos mil veintidós.

**SEGUNDO.-** Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes:

**PRIMERO.-** El actor solicitó prestación por nacimiento y cuidado de menor por parto el 30 marzo 2021 (folios 12 y ss.) que fue denegada por resolución de fecha de salida 7 abril 2021 consignando "progenitor distinto de madre biológica en caso de fallecimiento de hijo con 180 días de gestación, según criterio gestión 10-20 de 21-04-20 de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica" (folio 15 vuelto). El actor presentó reclamación previa el 14 mayo 2021 (folio 16), que fue desestimada por resolución de 17 agosto 2021 consignando: "O 17-03-21 produciuse o falecemento do fillo no parto, despois duhna xestación de nove meses, sendo o progenitor distinto da nai biolóxica. No novo texto legal, R.D.Lei 6/2019, o permiso para o nacemento e o coidado dos fillos recoñécese ao pai distinto da nai biolóxica 'para o cumprimento dos deberes de coidado previstos no artigo 68 do Código Civil', que non poden ser outros que os de coidar o fillo, falecido antes do correspondente permiso e a prestación, o mencionado artigo 26.7 do R.D. 295/2009 segue vixente, polo que débese denegar a prestación ao proxenitor que non sexa a nai biolóxica nos casos regulados por dito artigo".

**SEGUNDO.-** Dña. Sagrario, gestante de 40+4 semanas de embarazo, dio a luz el NUM000 2021 un feto abortado por causas naturales. El padre del feto era el actor (folios 14 vuelto y 29). **TERCERO.-** A la madre biológica le fue concedida prestación de nacimiento y cuidado de hijo, con efectos económicos de NUM000 2021 (folio 34). **CUARTO.-** Obra al folio 33 certificado de empresa en que consta reconocido por la empleadora del actor permiso por nacimiento y cuidado de hijo del 18 marzo al 6 junio 2021. Obran asimismo al mismo folio, vuelto, bases de cotización del actor de febrero 2020 a febrero de 2021, siendo la base en 2020 de 1623,68 euros y en 2021 de 1671,68 euros.

**TERCERO.-** Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

FALLO: Que debo estimar y estimo la demanda presentada por D. Rosendo y en virtud de ello declaro el derecho del demandante a percibir la prestación por nacimiento y cuidado de menor desde el NUM000 2021 a 6 julio 2021, con una base reguladora de 1671.68 euros y condeno al INSS y TGSS a estar y pasar por ello y a su abono.

**CUARTO.-** Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandada, siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La sentencia de instancia estima la demanda interpuesta por el actor y contra este pronunciamiento se alza en Suplicación la representación legal de la Seguridad Social, al objeto de obtener su revocación, articulando al efecto y por el cauce de los apartados b) y c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, dos motivos de recurso, destinando el primero a la revisión de los hechos declarados probados, y el segundo a examinar la infracción de normas sustantivas o de la jurisprudencia.

**SEGUNDO.-** La revisión interesada tiene por objeto la revisión del hecho probado segundo, en los términos siguientes: "D. Sagrario dio a luz tras 40-4 semanas de gestación, un recién nacido que nace sin signos vitales". Y tal modificación se solicita con base en la documental obrante al folio 29 y 30 de autos de autos, informe de alta expedido por el hospital de Verin en fecha 25-03-2021, e informe de autopsia del cadáver expedido por el médico forense en fecha 17/03/2021. No se accede a ello, por el carácter conclusivo-valorativo de la modificación propuesta, más que meramente fáctico, resultado de la interpretación parcial e interesada de los documentos propuestos, pretendiendo así sustituir el imparcial criterio del magistrado de instancia por el parcial e interesado de parte, sin que los documentos propuestos revelen error en la valoración judicial.



**TERCERO.**- En sede jurídica, y al amparo del apartado c) del art. 193 de la LRJS, se denuncia la infracción de los arts. 177 y 178 del Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por RDLeg. 8/2015, de 30 de octubre en relación con lo dispuesto en el art. 48.4 del Texto refundido del Estatuto de los trabajadores aprobado por RDLeg 2/2015, de 23 de octubre e infracción de y en los artículos 2, 3, 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 y el art. 26.7 del RD 295/2009, de 6 de marzo, en relación con el art 30 de Código civil. Se argumenta, en síntesis, que en la normativa denunciada se está distinguiendo claramente entre dos supuesto, sin lugar a dudas, que no se haya llegado a producir el nacimiento, porque el fallecimiento se haya producido en el vientre materno, antes de producirse el alumbramiento, en que se solo se reconoce prestación a la madre, pero no al padre, o que se produzca el nacimiento, civilmente, y posteriormente tenga lugar el fallecimiento, con suspensión de contrato e inicio de prestación de la madre y del padre.

Esto sentado, la cuestión a dilucidar consiste en determinar si en estos casos el padre tiene derecho a la prestación reconocida a la madre, tal como entendió el Magistrado de instancia. En el presente caso, la Sala considera que la censura jurídica no puede prosperar, pues, como bien afirma el magistrado de instancia, en los preceptos denunciados ninguna distinción por razón de sexo se establece en relación con la prestación por nacimiento y cuidado del menor, entre los progenitores. Y como declara probado el hecho probado tercero, a la madre se le ha reconocido la prestación. Partiendo de ello, el sesgo de género que ha de darse en la interpretación de estas normas, en los casos -que están precisamente contemplados en la ley laboral en cuanto al permiso, sin hacer tampoco distinción alguna- de fallecimiento de la criatura, implica que ha de darse en igualdad de condiciones a ambos progenitores, mujer y hombre. Y así lo especificaba la exposición de motivos del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, señalando que la equiparación de la duración de los permisos por nacimiento de hijo o hija de ambos progenitores responde a la existencia de una clara voluntad y demanda social. Los poderes públicos no pueden desatender esta demanda que, por otro lado, es una exigencia derivada de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución; de los artículos 2 y 3.2 del Tratado de la Unión Europea; y de los artículos 21 y 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. De esta forma se da un paso importante en la consecución de la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres, en la promoción de la conciliación de la vida personal y familiar, y en el principio de corresponsabilidad entre ambos progenitores, elementos ambos esenciales para el cumplimiento del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres en todos los ámbitos.

En cualquier caso, debe señalarse que la normativa vigente dispensa el mismo tratamiento al permiso y a la prestación por nacimiento de hijo respecto a ambos progenitores, de ahí que, si legalmente el derecho al reconocimiento a la licencia solo se condiciona al hecho del parto, y como corolario de ello es ese mismo acontecimiento, conforme al art. 8.4 párrafo segundo RD 295/09, el determinante del acceso a la prestación, esa misma regla debe aplicarse a ambos progenitores con independencia de su sexo. La conclusión que mantenemos no se altera por la remisión que para el progenitor distinto de la madre biológica efectúa el art. 48.4 ET al cumplimiento de los deberes de cuidado del art. 68 CC, pues dicho reenvío normativo, interpretado a la luz del principio de corresponsabilidad como integrante del de igualdad entre hombres y mujeres que inspira la reforma laboral y de seguridad social, no puede entenderse solo referido a la atención del hijo recién nacido, sino que ha de extenderse al cumplimiento corresponsable del resto de deberes que el código civil impone a ambos miembros de la pareja respecto a descendientes, ascendientes y demás personas a su cargo y a la asunción compartida de todas las cargas familiares, en un momento en que la pérdida de un hijo origina una situación de especial vulnerabilidad necesitada de idéntica protección para los dos progenitores.

Procede, por tanto, desestimar el recurso y confirmar íntegramente el fallo impugnado. Por lo expuesto,

## FALLAMOS

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación legal de la Administración de Seguridad Social, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº cuatro de los de Ourense, en fecha 9 de marzo de 2022, en los presentes autos 764/2021, seguidos a instancia de don Rosendo , frente a los demandados el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, y la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, debemos confirmar y confirmamos dicha sentencia.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

**MODO DE IMPUGNACIÓN:** Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la sentencia.



Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:

- El depósito de 600 € en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº **1552 0000 37 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo.**

- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código **80** en vez del 37 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos **0049 3569 92 0005001274** y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (**1552 0000 80 ó 37 \*\*\*\* ++**).

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

FONDO DOCUMENTAL CENDO