

Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Social, Sentencia 1123/2018 de 29 May. 2018, Rec. 982/2018

Ponente: Asenjo Pinilla, José Luis.

Nº de Sentencia: 1123/2018

Nº de Recurso: 982/2018

Jurisdicción: SOCIAL

Derecho al cobro de la prestación de paternidad pese al fallecimiento del hijo en la semana 37 de gestación

PRESTACIÓN DE PATERNIDAD. Derecho del solicitante a la prestación y ello aunque hubiera fallecido su hijo a las 37 semanas de gestación. Situación paralela de maternidad que ha sido reconocida a su cónyuge, existiendo un parto a 37 semanas y un sufrimiento claro por parte de la madre y del padre de la criatura que no sobrevivió, en tales circunstancias la necesidad del permiso por paternidad es evidente. El abono de la prestación por paternidad exige la suspensión del abono de la prestación de desempleo, por lo que procede la deducción de la prestación por paternidad en la cuantía de la prestación de desempleo recibida.

El TSJ País Vasco estima parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por el INSS contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Bilbao en proceso sobre paternidad, revocando la sentencia de instancia y deduciendo de la prestación por paternidad la cuantía percibida en concepto de prestación por desempleo.

RECURSO Nº: Recurso de suplicación 982/2018

NIG PV 48.04.4-17/006908

NIG CGPJ 48020.44.4-2017/0006908

SENTENCIA Nº: 1123/2018

**SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO**

En la Villa de Bilbao, a 29 de mayo de 2018.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por las/el Ilmas/o. Sras/Sr. D^a. GARBIÑE BIURRUN MANCISIDOR, Presidenta, D. JOSE LUIS ASENJO PINILLA y D^a. ELENA LUMBRERAS LACARRA, Magistradas/o, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación interpuesto por INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. Tres de los de BILBAO, de 8 de marzo de 2018, dictada en proceso sobre Seguridad Social (OSS), y entablado por Lázaro frente al **INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL** y la **TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL** .

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JOSE LUIS ASENJO PINILLA, quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

"PRIMERO.- Lázaro solicitó prestación de paternidad el 21.4.17 con efectos de 1.5.17. Del 1.5.17 al 6.5.17 se ha encontrado en situación de desempleo, siendo incompatibles las prestaciones percibidas con la que aquí se solicita. La base reguladora diaria asciende a 116,75 euros/día.

SEGUNDO.- A Socorro le fue reconocida prestación de maternidad del 11.1.17 a 2.5.17.

El 11.1.17, tras 37 semanas de gestación fallece el hijo que ambos estaban esperando por desprendimiento prematuro de la placenta, no llegando a nacer con vida.

TERCERO.- Por resolución de 4.5.17 se le deniega la prestación solicitada"

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la sentencia de instancia dice:

"ESTIMAR la demanda presentada por Lázaro frente al INSS y TGSS reconociendo el derecho a la prestación de paternidad, sin perjuicio del descuento que proceda por la prestación de desempleo percibida del 1 al 6 de mayo de 2017, CONDENANDO a las demandadas a abonar la prestación correspondiente."

TERCERO.- Como quiera que el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) discrepara de dicha resolución, procedió a anunciar y, posteriormente, a formalizar, el pertinente Recurso de Suplicación. Ha sido impugnado por la parte actora.

CUARTO.- Los presentes autos tuvieron entrada el 9 de mayo de 2018 en esta Sala. Se ha señalado el siguiente día 29, para deliberación y fallo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Sr. Lázaro solicitaba en la demanda origen de las actuaciones en curso y presentada el 20 de julio de 2017, que se le reconociese la prestación de paternidad y aunque hubiera fallecido su hijo a las 37 semanas de gestación; dándole de esa manera el mismo tratamiento que a su cónyuge a la cual se le había reconocido la prestación de maternidad

La sentencia de 8 de marzo de 2018 y del Juzgado de referencia, estimó esa reivindicación en términos generales, aunque autorizaba al descuento por la prestación de desempleo recibida en un concreto periodo. Todo ello en base a los hechos que desglosábamos en nuestros antecedentes fácticos; así como en los fundamentos de derecho que se consignan en dicha resolución y que se tienen por reproducidos.

SEGUNDO.- El primer motivo de Suplicación toma como base el art. 193.b), de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS).

Tiene como objetivo completar el primer hecho probado. Cita a tal fin el documento incorporado al folio 50, de las presentes actuaciones. El texto que propugna es el siguiente:

" El actor figura como receptor de la prestación contributiva de desempleo desde el 26 de mayo de 2017"

Dicho añadido debemos aceptarlo ya que presenta el necesario refrendo documental, y matizando que siguió con su disfrute hasta el siguiente 29 de noviembre y de manera ininterrumpida. A lo cual uniremos que tiene relación con el debate suscitado en el actual Recurso y por ende que es necesario para tener todos los datos necesarios para solventar el litigio Sala de lo Social del Tribunal Supremo (TS), sentencias de 25-2-2003, rec. 2580/2002 y 30-9-2010, rec. 186/2009 -.

Todo ello intentando preservar el derecho de defensa de la Entidad peticionaria y desde la perspectiva de las tesis que articula jurídicamente con posterioridad. Y, claro está, sin perjuicio de la trascendencia final que pudiera tener esa solicitud.

TERCERO.- El segundo motivo de Suplicación lo sustenta en el apartado c), del art. 193, nuevamente de la LRJS

El INSS estima que la sentencia objeto de Recurso, infringe, al no haberlos aplicados, el art. 183, del TRGSS y el art. 26.7, del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo (RD); puestos en relación con el art. 30, del Código Civil (CC) y con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de la que se hacen eco las resoluciones 92/2014, 98/2014 y 157/2014; asimismo que está erróneamente interpretando el art. 14, de la Constitución, y la Ley Orgánica 3/2007 (LO), de 22 de marzo en la sentencia de esta Sala de 9-12-2010.

Defiende que nada le corresponde al Sr. Lázaro en concepto de subsidio de paternidad, ya que no se produjo el nacimiento de su hijo. Alega que tanto el subsidio de maternidad como el que ahora nos ocupa, tienen como presupuesto la suspensión de actividad laboral, pero la dinámica prestacional no es coincidente y sin que ese distinto tratamiento suponga contravenir la LO. Nos recuerda en ese sentido lo establecido en el RD y como allí se configura la situación protegida en uno u otro caso, sin que su contenido constituya atisbo alguno de desigualdad o discriminación. También incide que acudiendo a los diversos criterios de interpretación del CC no hay subsidio para el padre si no hay nacimiento del hijo con vida. Sigue diciendo que no es aplicable la doctrina de la Sala en la resolución antes mencionada, pues el supuesto de hecho es distinto, ya que el hijo nació vivo en ese supuesto aunque murió dentro de las primeras 24 horas. Finalmente, recuerda que la acción protectora de la Seguridad Social es de estricta configuración legal y cuyo establecimiento corresponde al legislador ordinario.

Para centrar el debate vemos conveniente a una breve referencia a la normativa que podría aplicarse al presente litigio. A saber:

El art. 30, del Código Civil, tras la modificación operada por la disposición final tercera, de la Ley 20/2011, quedó redactado de la siguiente manera: *"La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno"*. Siendo su anterior redacción la que sigue: *"Para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno"*

El art. 177, del TRGSS, regula la maternidad como situación protegida, entre otras, y a efectos de la percepción del correspondiente subsidio. De tal manera que son beneficiarias del mismo las que disfruten de los descansos establecidos legalmente y con independencia de variados requisitos que aquí no interesan destacar art. 178.1-

A su vez, los arts. 183 y 184, de ese mismo Texto, protegen la prestación de paternidad coincidiendo con el nacimiento de hijo, entre otros supuestos. Subsidio que igualmente se devenga durante el periodo de suspensión normativamente establecido.

El art. 22.1, del RD, señala con un texto similar al citado art. 183, que: *"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"*.

Mientras que el art. 26.7, también de ese RD, y que versa sobre el subsidio de paternidad, establece que: *"No podrá reconocerse si el hijo o el menor acogido fallecen antes del inicio de la suspensión o permiso. Sin embargo, una vez reconocido el subsidio, éste no se extinguirá aunque fallezca el hijo o menor acogido"*

Finalmente, el art. 8.4, del RD, sobre el subsidio por maternidad, establece que: *"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".

Para completar lo anterior y ahora desde un punto de vista fáctico, recordemos que el hijo que el actor estaba esperando falleció a las 37 semanas de gestación sin que llegara a nacer con vida. A su vez, mientras que a la madre se le reconoció el subsidio por maternidad, al Sra. Socorro se le denegó el de paternidad y en base a lo establecido en el RD.

Sentadas estas bases, adelantaremos, ya desde ahora, que nuestro criterio coincide con el expuesto por la Juzgadora de instancia, pues sus razonamientos no nos parecen arbitrarios, sino que han de calificarse de

congruentes con la cuestión sujeta a debate, de ahí que los ratifiquemos. A saber:

Partiremos de lo ya argumentado en nuestra sentencia de 9-12-2010 , ya que pese a lo que refiere el INSS, observamos evidentes similitudes entre lo decidido en ambos casos; y, la par, no existen criterios novedosos o un análisis distinto para apartarnos de lo entonces argumentado. No es óbice el que desde su dictado sea distinto el TRGSS, aunque solo haya afectado a la concreta numeración en lo que ahora respecta antes art. 133 octies-; como también haya variado el contenido del art. 30, del CC .

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.*

Continuábamnos señalando que: *" ha de partirse de que la finalidad de las normas puestas en relación es bien distinta. Las normas reconocedoras de la prestación de paternidad tienen por finalidad, tal como la Exposición de Motivos de la L.O. 3/2007 que la crean reconoce, la conciliación de la vida personal, familiar y laboral ". Así como y de nuevo incidiendo en el mentado precepto del CC, aunque fuera más indirectamente, que: " la regulación de los efectos civiles y derechos de las personas nacidas no puede condicionar el derecho de conciliación de la vida personal, familiar y laboral ni transformar el sentido de la expresión "nacimiento de hijo" como situación protegida ".*

Volviendo sobre un dato expuesto en un párrafo anterior, el hijo del actor fallece a las 37 semanas de gestación, y fueron 38 semanas y cinco días en el caso que analizamos en el año 2010. Son pues cifras muy similares por lo menos a los fines que nos interesa resaltar. Visto lo cual también aquí puede afirmarse que dicho fallecimiento tiene lugar: *" en el término de un embarazo de duración completa ". Por tanto, consideramos y de nuevo aquí: " que se ha producido el hecho causante o situación protegida de "nacimiento de hijo" ".*

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) "*

CUARTO.- Con idéntico amparo procesal que el que antecede, el que es último motivo de Suplicación denuncia la errónea interpretación del art. 183, del TRGSS, en relación con la resolución de esta Sala de 17-5-2016, rec 817/2016 ; por parte de la sentencia objeto de Recurso. Referencia doctrinal esta última que no es acogible desde la exclusiva perspectiva del art. 193.c), de la LRJS , y sin perjuicio del análisis argumental que nos merezca, de ser el caso, ya que solo de una resolución del TS, es predicable la condición de jurisprudencia y de acuerdo a lo establecido en el art. 1.6, del Código Civil .

Se formula con carácter supletorio. Señala que para el caso de que se reconozca al actor el subsidio de paternidad,

su abono requiere como presupuesto la suspensión del abono de la prestación de desempleo, que en este caso sustituye a los salarios. De tal manera que de acuerdo a lo establecido por la propia resolución de instancia, procede que también ha de tenerse en cuenta lo percibido desde el 26 de mayo del año pasado y a esos efectos.

La resolución de instancia tras reconocer la prestación de paternidad a favor del Sr. Lázaro , indica textualmente en su parte dispositiva que ello tiene lugar *"sin perjuicio del descuento que proceda por la prestación de desempleo percibida del 1 al 6 de mayo de 2017"* . Términos que el mencionado no pone en tela de juicio a través de los pertinentes cánones procesales; visto lo cual devienen para él firmes e inatacables. Por tanto, si atendemos a lo relacionado en nuestro segundo fundamento de derecho, ese descuento habrá de extenderse igualmente a partir del 26 de dicho mes.

QUINTO.- La estimación parcial del Recurso carece de incidencia desde la perspectiva del pago de las costas que hayan podido generarse en la presente instancia. Por tanto nada es exigible a los litigantes y en ese sentido.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que estimamos parcialmente el Recurso de Suplicación formulado por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. Tres de los de Bilbao, de 8 de marzo de 2018, dictada en el procedimiento 700/2017; la cual debemos también revocar parcialmente y declaramos que el descuento que proceda por la prestación de desempleo percibida habrá también de extenderse a partir del 26 de mayo de 2017; ratificando dicha sentencia, por el contrario, en sus restantes extremos. Sin costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.

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 juzgado, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

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 a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los **10 días hábiles** siguientes al de su notificación.

Además, **si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar** , al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en 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 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, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

Igualmente y en todo caso, salvo los supuestos exceptuados, el recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de preparar el recurso, la consignación de un **depósito** de **600 euros** .

Los **ingresos** a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar, o bien en entidad bancaria del Banco Santander, o bien mediante transferencia o por procedimientos telemáticos de la forma siguiente:

A) Si se efectúan en una oficina del Banco Santander, se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número 4699-0000-66-0982-18.

B) Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número ES55 0049 3569 9200 0500 1274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 4699- 0000-66-

0982-18.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen 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.