



Roj: **STSJ CL 400/2023 - ECLI:ES:TSJCL:2023:400**

Id Cendoj: **09059340012023100104**

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

Sede: **Burgos**

Sección: **1**

Fecha: **09/02/2023**

Nº de Recurso: **698/2022**

Nº de Resolución: **95/2023**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **JESUS CARLOS GALAN PARADA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.CASTILLA-LEON SALA SOCIAL 1

BURGOS

SENTENCIA: 00095/2023

RECURSO DE SUPLICACION Num.: 698/2022

Ponente Ilmo. Sr. D. Jesús Carlos Galán Parada

Secretaría de Sala: Sra. Carrero Rodríguez

SALA DE LO SOCIAL

DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE

CASTILLA Y LEÓN.- BURGOS

SENTENCIA Nº : 95/2023

Señores:

Ilma. Sra. D^a. María José Renedo Juárez

Presidenta

Ilmo. Sr. D. Carlos Martínez Toral

Magistrado

Ilmo. Sr. D. Jesús Carlos Galán Parada

Magistrado

En la ciudad de Burgos, a nueve de Febrero de dos mil veintitrés.

En el recurso de Suplicación número 698/2022 interpuesto por INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social de Soria en autos número 55/2022 seguidos a instancia de D. Pablo Jesús, contra los recurrentes y EXCLUSIVAS ZABALETA S.A., en reclamación sobre Seguridad Social. Ha actuado como Ponente el **Ilmo. Sr. D. Jesús Carlos Galán Parada** que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el Juzgado de lo Social de referencia, tuvo entrada demanda suscrita por la parte actora en la que solicita se dicte sentencia en los términos que figuran en el suplico de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el oportuno juicio oral, se dictó sentencia con fecha 7 de junio de 2022 cuya parte dispositiva dice: "ESTIMAR la demanda interpuesta por Pablo Jesús contra el INSS y la TGSS y contra DIRECCION000, DECLARAR el derecho del Sr. Pablo Jesús a percibir prestación por nacimiento y cuidado

del hijo Alexis durante 16 semanas desde el 08/11/21 hasta el 27/02/22, conforme a una base reguladora de 65,62 euros diarios, y CONDENAR a INSS y TGSS al abono de dicha prestación en el ejercicio de sus respectivas competencias".

SEGUNDO.- En dicha sentencia, y como hechos probados, se declaraban los siguientes: "PRIMERO.- Pablo Jesús , con DNI NUM000 , está afiliado al Régimen General de la Seguridad Social con el número NUM001 y presta servicios retribuidos al servicio y bajo la dependencia de DIRECCION000 .

SEGUNDO.- En fecha y lugar no acreditados, el Sr. Pablo Jesús , de nacionalidad española, e Melisa , de nacionalidad ucraniana, suscribieron un contrato de gestación subrogada en virtud del cual el NUM002 /21 nació un varón en Kiev (Ucrania).

El Sr. Pablo Jesús y su esposa, Rafaela , viajaron a Kiev el 17/01/21, recibieron al menor el 22/01/21 y regresaron a España con él el 09/03/21.

TERCERO.- El 27/01/21 el Sr. Pablo Jesús presentó ante el Registro Civil Consular de Kiev (Ucrania) solicitud de inscripción del nacido como Alexis . El 08/02/21 se denegó la inscripción.

CUARTO.- El 06/02/21 el Sr. Pablo Jesús comunicó a DIRECCION000 que había sido padre el NUM002 /21 y solicitó disfrutar permiso de paternidad durante 16 semanas.

El 07/02/21 DIRECCION000 le respondió que, al no estar el menor inscrito en España, no existía permiso de paternidad y tenía que presentar una solicitud de excedencia por el tiempo que deseara.

El 07/02/21 el Sr. Pablo Jesús solicitó una excedencia de 16 semanas por causas personales.

El contrato de trabajo quedó en suspenso entre el 08/02/21 y el 04/04/21 (8 semanas).

QUINTO.- En sentencia de 27/07/21 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 3 de Soria, dictada en proceso de filiación 157/2021, se declaró la filiación paterna del menor Alexis , nacido el NUM002 /21 en Kiev (Ucrania) como hijo no matrimonial del señor Pablo Jesús .

La sentencia adquirió firmeza en fecha no acreditada.

Por diligencia de ordenación de 14/10/21 se libró testimonio al Sr. Pablo Jesús y se expidieron exhortos al Registro Civil central y al Registro Civil de la sección consular de la Embajada de España en Kiev (Ucrania) para que inscribieran la filiación declarada.

SEXTO.- El 08/11/21 DIRECCION000 emitió certificado de empresa del Sr. Pablo Jesús para el trámite de la prestación por nacimiento y cuidado de menor con inicio el 08/11/21 y fin el 27/02/22.

SÉPTIMO.- El Sr. Pablo Jesús suscribió dos solicitudes de prestación por nacimiento y cuidado de menor por parto. En una de ellas, fechada el 05/11/21 y manuscrita, indicaba como motivo de la solicitud la gestación por sustitución, como fecha del parto el NUM002 /21 y como periodo de disfrute el comprendido entre el 08/11/21 y el 27/02/22.

En la otra solicitud, fechada el 09/11/21 y mecanografiada, indicaba como motivo de la solicitud el nacimiento, como fecha del parto el 08/11/21 y como periodo de disfrute el comprendido entre el 08/11/21 y el 27/02/22.

El 09/11/21 se registró ante el INSS la solicitud fechada el 09/11/21. Incoado expediente NUM003 -Paternidad de la Dirección Provincial del INSS de Soria, por resolución de la directora provincial de 13/11/21 se denegó la prestación solicitada "por encontrarse el periodo solicitado fuera del establecido en el artículo 48 bis del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, en la redacción dada por la disposición adicional décimoprimer de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo".

La resolución se notificó al señor Pablo Jesús el 25/11/21.

OCTAVO.- El 07/12/21 el Sr. Pablo Jesús formuló reclamación administrativa previa que se da por reproducida. La reclamación se desestimó por resolución de 30/12/21, "por no haber solicitado la prestación inmediatamente después de la fecha del nacimiento del menor, por ser ésta la fecha del hecho causante en la maternidad subrogada". La resolución se notificó al Sr. Pablo Jesús el 07/01/22.

NOVENO.- El Sr. Pablo Jesús tiene un periodo efectivo de cotización superior al mínimo exigido.

DÉCIMO.- La base reguladora de la prestación (no controvertida) es de 65,62 euros diarios".

TERCERO.- Contra dicha sentencia, interpuso recurso de Suplicación el Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social, habiendo sido impugnado por la parte actora. Elevados los autos a



este Tribunal y comunicada a las partes la designación del Ponente, le fueron, a éste, pasados los autos para su examen y resolución por la Sala.

CUARTO.- En la resolución del presente recurso se han observado, en sustancia, las prescripciones legales vigentes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO .- Frente a la sentencia de instancia que, estimando la demanda, declara el derecho del actor a percibir la prestación por nacimiento y cuidado de su hijo, se alza en suplicación la Administración de la Seguridad Social, destinando su recurso en exclusiva a la censura jurídica.

Así, al amparo del art. 193.c) de la LRJS, se denuncia infracción de los arts. 177 de la LGSS y 48.4, 5 y 6 del ET. Argumenta la entidad gestora que, en un nacimiento mediante maternidad subrogada, como el presente, el hecho causante es el nacimiento y entrega al demandante, lo que tuvo lugar el 21.1.2021, por lo que, no habiéndose producido la suspensión del contrato de trabajo hasta el 8.11.2021 y no habiéndose presentado la solicitud de prestación hasta el 9.11.2021, transcurridos más de tres meses, el actor solo tendría derecho a ella durante las 10 semanas restantes. La sentencia de instancia reconoce la prestación desde el 8.11.2021.

Resulta de los hechos declarados probados que el demandante concertó un contrato de gestación subrogada en virtud del cual nació un varón en Kiev (Ucrania) el NUM002 .2021, recibiendo al menor a los dos días. Al haberse denegado la inscripción de la filiación en el Registro Civil Consular de Kiev y, en virtud de ello, haberse rechazado por su empleadora el permiso de paternidad solicitado el 6.2.2021, el actor promovió proceso de filiación que finalizó mediante sentencia de 27.7.2021 en la que se declaró la filiación paterna del menor como su hijo no matrimonial. Esta sentencia adquirió firmeza en fecha no acreditada y el 14.10.2021 se libró testimonio al actor y se expidieron exhortos para la inscripción registral de la filiación declarada. El 9.11.2021 presentó la solicitud tramitada por el INSS, indicando como periodo de disfrute del 8.11.2021 al 27.2.2022. La entidad gestora dictó resolución denegatoria por encontrarse el periodo solicitado fuera del establecido en el art. 48 ET.

Para resolver la cuestión litigiosa debemos partir del incontrovertible hecho de que el reconocimiento de la filiación del menor, teniendo por su padre al actor, no deriva de su nacimiento sino de una sentencia de 27.7.2021 y su ulterior registro en fecha indeterminada. Por tanto, ni la situación del menor, nacido tras una gestación por sustitución, ni la paternidad del progenitor quedaron perfiladas con eficacia jurídica hasta esos actos, ya que el art. 113 del CC establece que "la filiación se acredita por la inscripción en el Registro Civil, por el documento o sentencia que la determina legalmente, por la presunción de paternidad matrimonial y, a falta de los medios anteriores, por la posesión de estado". Es más, y esto es aun más relevante en el caso que nos ocupa, encontrándose su paternidad sometida a controversia en sede judicial y administrativa, el actor no pudo invocar los efectos propios de la filiación declarada en sentencia hasta la firmeza de ésta, y, desde luego, no pudo hacerlo a partir del nacimiento o de la fecha en que le fue entregado el menor al no concurrir en ese momento ninguno de los actos acreditativos de la filiación.

Lo dicho supone que el nacimiento no pudo servir, en este caso, como causa de la suspensión del contrato de trabajo por paternidad y que solo la resolución judicial que declaró la filiación, con la consiguiente inscripción en el Registro Civil, permitió el reconocimiento con eficacia jurídica de vínculo paternofilial según dispone el art. 112 del CC, y, por ello, el disfrute de los derechos inherentes a tal condición.

Se trata, en último término, de una situación no prevista en la norma pero asimilable, por analogía en cuanto a las circunstancias concurrentes, a la adopción tal y como se regula en el art. 48.5 del ET, que dispone el cómputo de las semanas de disfrute del permiso "inmediatamente después de la resolución judicial por la que se constituye la adopción o bien de la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento". Así lo señala el art. 2.2 del RD 295/2009, por el que se regulan las prestaciones económicas de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, según el cual "se considerarán jurídicamente equiparables a la adopción y al acogimiento preadoptivo, permanente o simple, aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y el acogimiento preadoptivo, permanente o simple, cuya duración no sea inferior a un año, cualquiera que sea su denominación". Esta asimilación es, por otra parte, reconocida por el propio Tribunal Supremo (entre otras, sentencia de 16.11.2016, rcud. 3146/2014) al admitir la aplicación analógica de la normativa expuesta a los casos de gestación subrogada en función del superior interés al cuidado y protección del menor, de particular relevancia en casos, como los indicados, en que el subsidio no atiende a la recuperación de la madre gestante tras el parto sino, principalmente, a la integración del recién nacido en la familia que lo recibe.



Dicho esto, es de advertir la falta de constancia de la firmeza de la sentencia sobre filiación, y desde luego, de la fecha en que la misma se produjo, circunstancia que, conforme al art. 217.3 de la LEC, debió haber acreditado la entidad gestora a la hora de hacer valer el dies a quo para el computo del plazo de efectos económicos que aplicó en vía administrativa (art. 53.1 de la LGSS). Lo que sí consta es el libramiento de un testimonio al actor y la expedición de exhortos al Registro Civil Central y al Registro Civil de la Sección Consular de la Embajada de España en Kiev en fecha 14.10.2021, lo que cabe entender indicativo de que en esa fecha la sentencia ya era firme por los efectos propios de la cosa juzgada formal, art. 207 de la LEC. Pues bien, en tal circunstancia, no estaría comprometida la validez de una solicitud formulada menos de un mes después, es decir, menos de los tres meses previstos al efecto en el precitado art. 53, y, en consecuencia, de la planteada como objeto de este proceso. Procede, en definitiva, la desestimación del recurso.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español,

FALLAMOS

Que **DEBEMOS DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS** el recurso de suplicación interpuesto por INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra la sentencia dictada en fecha 7 de junio de 2022 por el Juzgado de lo Social de Soria en autos 55/2022, en virtud de demanda promovida frente a las recurrentes y DIRECCION000 . por D. Pablo Jesús , en materia de Seguridad Social, y, en consecuencia, **confirmamos** la citada resolución. Sin costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en la forma prevenida en el artículo 97 de la L.R.J.S. y 248.4 de la L.O.P.J. y sus concordantes, haciéndoles saber que contra esta resolución cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina para ante el Tribunal Supremo, significándoles que dicho recurso habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de los DIEZ DIAS siguientes a la notificación, mediante escrito ajustado a los requisitos legales contenidos en los artículos 220 y 221 de la L.R.J.S., con firma de Abogado o de Graduado Social Colegiado designado en legal forma conforme al art. 231 de la citada Ley.

Se deberá ingresar como depósito la cantidad de 600 € conforme a lo establecido en el artículo 229.1.b de la L.R.J.S., asimismo será necesaria la consignación por el importe de la condena conforme a los supuestos previstos en el art. 230 de la mencionada Ley, salvo que el recurrente estuviera exento por Ley o gozare del beneficio de justicia gratuita.

Dichas consignación y depósito deberán efectuarse en la cuenta corriente de esta Sala, bajo la designación de Depósitos y Consignaciones, abierta en la Entidad Bancaria Santander, cuenta nº ES55 0049 3569 9200 0500 1274, en cualquiera de sus sucursales, incluyendo en el concepto los dígitos 1062.0000.65.0698.22.

Se encuentran exceptuados de hacer los anteriormente mencionados ingresos, los Organismos y Entidades enumerados en el punto 4 del artículo 229 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

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