



Roj: STSJ ICAN 2252/2014 - ECLI:ES:TSJICAN:2014:2252
Id Cendoj: 35016340012014101196
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
Sede: Palmas de Gran Canaria (Las)
Sección: 1
Nº de Recurso: 145/2014
Nº de Resolución: 1259/2014
Procedimiento: Recursos de Suplicación
Ponente: ANGEL MIGUEL MARTIN SUAREZ
Tipo de Resolución: Sentencia

En Las Palmas de Gran Canaria, a 7 de julio de 2014.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de CANARIAS en Las Palmas de Gran Canaria formada por los lltmos. Sres. Magistrados D./Dña. HUMBERTO GUADALUPE HERNÁNDEZ, D./Dña. MARÍA JESÚS GARCÍA HERNÁNDEZ y D./Dña. ÁNGEL MIGUEL MARTÍN SUÁREZ, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación núm. 145/2014, interpuesto por D. Alvaro , frente a Sentencia 344/2013 del Juzgado de lo Social Nº 9 de Las Palmas de Gran Canaria los Autos Nº 15/2013-00 en reclamación de **Maternidad** siendo Ponente el ILTMO./A. SR./A. D./Dña. ÁNGEL MIGUEL MARTÍN SUÁREZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en Autos, se presentó demanda por D. Alvaro , en reclamación de **Maternidad** siendo demandado el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y celebrado juicio y dictada Sentencia desestimatoria, el día 29 de octubre de 2013 , por el Juzgado de referencia.

SEGUNDO.- En la citada Sentencia y como hechos probados, se declaran los siguientes:

PRIMERO. D. Alvaro es el padre de dos menores nacidos el día NUM000 de 2012 en la ciudad de Kharkiv, Ucrania.

Madre, Dña. Candida , de nacionalidad ucraniana.

Inscripción: registro civil de Kiev, Embajada Española en Kiev.

Libro de familia extendido en el anterior registro civil por el Encargado de Asuntos Consulares.

SEGUNDO. La Sra. Candida suscribió documento del siguiente tenor: ".nego del descanso por **maternidad** de mis hijos..", en la ciudad de Jarkov, el 15 de agosto de 2012. Ante notario privativo del circuito notarial municipal de Jarkov, Ucrania.

TERCERO. Solicitada **prestación** por **maternidad** el día 1 de octubre de 2012 por el Sr. Alvaro , fue denegada por resolución de fecha 17 de octubre de 2012, al no existir opción de la madre y no encontrarse en ninguna de las situaciones protegidas a efectos de la **prestación** de **maternidad** conforme prevé el artículo 133 bis de la LGSS :

CUARTO. El actor se encuentra en alta en RETA (BR 850,20 euros) y en RG (BR 2.552,48 euros).

IT en el periodo 1 de septiembre de 2012 a 26 de septiembre de 2012, percibiendo 1.646,30 euros.

QUINTO. se agotó la vía previa.

TERCERO.- El Fallo de la Sentencia de instancia literalmente dice: "DESESTIMAR la demanda interpuesta por D. Alvaro contra el INSS en materia de **prestaciones de maternidad** ABSOLVIENDO a la Entidad Gestora de todas las pretensiones deducidas en su contra."

CUARTO.- Que contra dicha Sentencia, se interpuso Recurso de Suplicación por la parte D. Alvaro , y recibidos los Autos por esta Sala, se formó el oportuno rollo y pase al Ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia desestima la demanda interpuesta por D. Alvaro , quien es padre de dos menores nacidos el NUM000 /12 en la ciudad de Kharkiv, Ucrania; y cuya madre, D. Candida es de nacionalidad ucraniana; e inscritos en el Registro Civil de Kiev, Embajada española en Kiev; y habiendo negado la madre al descanso por **maternidad**.

Y habiéndose solicitado por el actor la **prestación por maternidad** el 01/10/12, resultó denegada por Resolución del INSS de fecha 17/10/12, por no existir opción de la madre y no encontrarse en ninguna de las situaciones protegidas conforme al art. 133 bis LGSS .

Frente a la citada sentencia se alza la dirección legal del actor Sr. Alvaro , mediante el presente recurso de suplicación articulado en base a dos tipos de motivos previstos y regulados en las letras b) y c) del art. 193 LRJS .

El recurso ha sido impugnado por la dirección legal del INSS.

SEGUNDO.- Por lo que se refiere al motivo alegado al amparo de la letra b) del art. 191 TRLPL se ha de precisar que el Tribunal Supremo- Sala de lo Social ha venido estableciendo una consolidada jurisprudencia atinente a los requisitos y condiciones que deben estar presentes a fin de que prospere la revisión fáctica y que son:

1) Que se citen documentos concretos de los que obren en autos que demuestren de manera directa y evidente la equivocación del Juzgador, cuando tales pruebas no resulten contradichas por otros elementos probatorios unidos al proceso.

2) que se señale por parte del recurrente el punto específico del contenido de cada documento que ponga de relieve el error denunciado.

3) Que la modificación propuesta incida en la solución del litigio, esto es, que se a capaz de alterar el sentido del fallo de la resolución recurrida.

4) Que se identifiquen de manera concreta los hechos probados cuya revisión se pretende, para modificarlos, suprimirlos o adicionarlos con extremos nuevos y, al mismo tiempo, ha de proponerse la relación definitiva de los hechos modificados.

Igualmente, el Tribunal Supremo -Sala de lo Social- viene estableciendo unas <<reglas básicas>> con la finalidad de evitar que la discrecionalidad se extralimite hasta el punto de transformar el recurso excepcional de suplicación en una segunda instancia. Y estas reglas podemos compendiarla en las siguientes:

1) La revisión de hechos no faculta al Tribunal efectuar una nueva valoración global y conjunta de la prueba practicada, sino que la misma debe operar sobre la prueba documental alegada que demuestre patentemente el error de hecho.

2) No es posible admitir la revisión fáctica de la sentencia impugnada con base en las mismas pruebas que le sirvieron de fundamento, en cuanto no es aceptable sustituir la percepción que de ellas hizo el Juzgador, por un juicio valorativo personal y subjetivo de la parte interesada.

3) En el supuesto de documento o documentos contradictorios y en la medida que de ellos puedan extraerse conclusiones contrarias e incompatibles, debe prevalecer la solución fáctica realizada por el Juez o Tribunal de instancia, órgano Judicial soberano para la apreciación de la prueba, con la salvedad de que su libre apreciación sea razonable.

4) La revisión fáctica no puede sustentarse en medios de prueba que no sea la prueba documental pública o privada en sentido ya expuesto y la pericial.

Así pues, por lo que se refiere a la revisión del ordinal SEGUNDO y a cuyo fin el recurrente propone la redacción alternativa siguiente:

"La Sra. Candida suscribió documento del siguiente tenor:

"Yo, el abajo firmante, Candida , actuando voluntariamente, comprendiendo la lengua ucraniana, de mente sana y memoria clara, dándose cuenta de la significación de mis acciones, nego del descanso por **maternidad** de mis hijos Maribel , la fecha de nacimiento el NUM000 .2012, y Herminio , la fecha de nacimiento el NUM000 .2012, en la ciudad de Jarkov, Ucrania, Debidamente apostillado e conformidad con la Convención de la Haya de 5 de octubre de 1961, de la cual son firmantes tanto España como Ucrania".

Y ello con apoyo en los folios nº 33, reverso; 34 y reverso y 35 de los autos.

El motivo prospera por cuanto, si bien el Magistrado << a quo >> hace referencia al documento de referencia, lo cierto es que resulta relevante el contenido fáctico que incorpora ahora el recurrente.

En consecuencia, el motivo se estima.

TERCERO.- Por el cauce procesal de la letra c) del art. 193 LRJS , el recurrente denuncia la infracción de los artículos 3.1 del Código Civil ; 133 Bis; 133 Ter.; y Disposición Adicional Undécima bis, del TRLGSS; y 48.4 TRLET .

El motivo prospera.

Sentado lo que antecede, la Sala trae a colación la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid de fecha 13/03/2013 -(Rec. nº 3783/2012)- y en cuyos Fundamentos de Derecho PRIMERO al SÉPTIMO señala:

"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 él 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 Florinda 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 Florinda , 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 puede 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 Florinda 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 parigalen 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 aquélla 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."

Igualmente, la STS de fecha 20/05/09 -(Rec. nº 3749/2008)- en cuyo Fundamento de Derecho TERCERO señala:

"TERCERO.- El recurrente denuncia infracción por la sentencia impugnada de los artículos 133 bis y 133 ter. de la Ley General de la Seguridad Social, en relación con el artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores en reforma introducida por el R.D. 1251/01, de 16 de noviembre, infringido por interpretación errónea y del artículo 5 de la Ley 39/99, de 5 de noviembre, infringido en el concepto de no aplicación.

Aduce, en esencia, el recurrente que no es en el R.D. 1251/01, de 16 de noviembre ni en la L.G.S.S. donde se contiene la necesidad, primero, de que la madre sea titular del derecho y, segundo de que efectúe la opción a favor del padre al iniciar el descanso por **maternidad**, regulado expresamente en el artículo 5 de la Ley 39/99, de 5 de noviembre, sino que tal exigencia aparece en el artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores.

Se cuestiona en la presente litis el derecho del padre al subsidio cuando la madre, que ha comenzado a disfrutar del mismo, efectúa la opción a favor de su disfrute por el padre, en momento posterior a la solicitud del citado subsidio.

La esposa del actor inició el descanso maternal el 19 de junio de 2006 y presentó la solicitud de la **prestación** correspondiente a tal situación el 4 de julio de 2006, sin completar en ella el recuadro de opción de descanso a favor del padre y sin aportar documento para el ejercicio de dicha opción. El 19 de julio ejercitó el derecho de opción a favor del padre, señalando que el periodo de descanso alcanzaría los días comprendidos entre el 24 de julio y el 6 de agosto de 2006. El 10 de julio de 2006 tal circunstancia fue puesta en conocimiento de la empresa donde el actor prestaba servicios, sin figurar reparo alguno por parte de la empresa a dicho efectivo y real disfrute.

El INSS deniega el subsidio por **maternidad** solicitado aduciendo que la esposa del actor no había efectuado opción a su favor en el momento de solicitar dicha **prestación**, tal como exigen los artículos 133 bis y 133 ter de la Ley General de la Seguridad Social, en relación con el artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores, conforme a la reforma introducida por el Real Decreto 1251/01, de 16 de noviembre y con el artículo 5 de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre.

A este respecto hay que señalar que la Ley 39/1999 para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras señala en su Exposición de Motivos que con dicha Ley se completa la transposición a la legislación española de las directrices marcadas por la normativa internacional y comunitaria, superando los niveles mínimos de protección previstos en las mismas citando, entre otras, la Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio, relativa al Acuerdo Marco sobre el permiso parental, celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES, que prevé el permiso parental y la ausencia del trabajo por motivos de fuerza mayor como medio importante para conciliar la vida profesional y familiar y promover la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres.

La citada Directiva en su cláusula 2, reguladora del permiso parental, dispone lo siguiente:

1. En virtud del presente Acuerdo, y sin perjuicio de la cláusula 2.2, se concede un derecho individual de permiso parental a los trabajadores, hombres o mujeres, por motivo de nacimiento o adopción de un hijo, para poder ocuparse del mismo durante un mínimo de tres meses hasta una edad determinada que puede ser de hasta ocho años y que deberán definir los Estados miembros y/o los interlocutores sociales.

2. Para promover la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres, las partes firmantes del presente Acuerdo consideran que el derecho de permiso parental previsto en la cláusula 2.1 debe concederse, en principio, de manera no transferible.

3. Las condiciones de acceso y las modalidades del permiso parental se definirán por ley y/o convenios colectivos en los Estados miembros de conformidad con las disposiciones mínimas del presente Acuerdo.

Los Estados miembros y/o los interlocutores sociales podrán en particular:

a) Decidir si el permiso parental se concede en jornada completa, en jornada parcial, de forma fragmentada o en forma de un crédito de tiempo;

b) subordinar el derecho de permiso parental a un período de trabajo y/o a una antigüedad que no podrá ser superior a un año;

d) Fijar los periodos de preaviso que debe dar al empresario el trabajador que ejerza su derecho de permiso parental, precisando el inicio y el final del periodo de permiso.

Por su parte el número 8 de dicha cláusula dispone:

8. Todos los asuntos de seguridad social vinculados con el presente Acuerdo habrán de ser examinados y determinados por los Estados miembros de conformidad con la legislación nacional, teniendo en cuenta la importancia de la continuidad de los derechos a las **prestaciones** de seguridad social para los diferentes riesgos, y en particular los cuidados sanitarios.

La transposición a nuestro ordenamiento de dicha regulación se plasma en el artículo quinto de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, que da nueva redacción al apartado 4 del artículo 48 del Estatuto de los Trabajadores, quedando redactado de la siguiente manera:

4. En el supuesto de parto, la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas, que se disfrutarán de forma ininterrumpida, ampliables en el supuesto de parto múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo. El periodo de suspensión se distribuirá a opción de la interesada siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto. En caso de fallecimiento de la madre, el padre podrá hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste del periodo de suspensión.

No obstante lo anterior, y sin perjuicio de las seis semanas inmediatas posteriores al parto de descanso obligatorio para la madre, en el caso de que el padre y la madre trabajen, ésta, al iniciarse el periodo de descanso por **maternidad**, podrá optar por que el padre disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del periodo de descanso posterior al parto bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre, salvo que en el momento de su efectividad la incorporación al trabajo de la madre suponga un riesgo para su salud.

El artículo decimotercero de la Ley 39/1999 modifica asimismo el artículo 133 bis de la Ley General de la Seguridad Social, quedando redactado como sigue:

A efectos de la **prestación por maternidad**, se consideran situaciones protegidas la **maternidad**, la adopción y el acogimiento, tanto preadoptivo como permanente, durante los periodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en el número 4 del artículo 48 del texto refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y en el número 3 del artículo 30 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública.

Del examen de tales preceptos resulta que el descanso por **maternidad** comporta una relación triangular empresario/trabajador/Seguridad Social, que se desenvuelve en dos planos perfectamente diferenciados, el aspecto laboral (relación empresario/trabajadora: derecho al descanso por **maternidad**) y el aspecto prestacional o de seguridad social (relación Seguridad Social/trabajadora: derecho al subsidio por **maternidad**). Aunque ambos aspectos están íntimamente relacionados no pueden confundirse pues cada uno de ellos tiene su propia regulación, hasta el punto de que puede existir derecho al descanso (seis semanas obligatorias para la madre trabajadora tras el nacimiento del hijo) y no existir derecho al subsidio de **maternidad** (por no cumplir alguno de los requisitos del mismo, por ejemplo no reunir el periodo de carencia).

Los requisitos para tener derecho al descanso por **maternidad** aparecen recogidos en el artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores, que, como antes se consignó, regula la relación empresario/trabajadora (o trabajador, en su caso), reconociendo el derecho a la suspensión del contrato en el supuesto de parto, a la trabajadora, por un periodo de dieciséis semanas ininterrumpidas, pudiendo la madre optar, al iniciarse el periodo de descanso por **maternidad**, por que el otro progenitor disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del periodo de descanso posterior al parto, teniendo en cuenta que las seis semanas inmediatas posteriores al mismo son de descanso obligatorio para la madre.

El derecho al subsidio por **maternidad** aparece recogido en el artículo 133 ter de la Ley General de la Seguridad Social, que lo establece a favor de los trabajadores por cuenta ajena, cualquiera que fuera su sexo que disfruten de los descansos establecidos en el artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores, reúnan los requisitos del artículo 124.1 de la Ley General de la Seguridad Social y acrediten ciento ochenta días de cotización dentro de los cinco años anteriores al parto, (redacción vigente en la fecha del hecho causante).

Por lo tanto, no cabe establecer como requisito para que el padre disfrute una parte del subsidio de **maternidad**, cedido por la madre, el que ésta, en el momento de solicitar dicho subsidio, opte por que una parte del mismo lo perciba el padre, como pretende el INSS en el asunto ahora examinado, por las siguientes razones:

-Primero: El artículo 48.4 del E.T. no dispone que la opción de la madre haya de ser realizada en el momento de solicitar el subsidio, sino que exige que se efectúe en el momento de iniciar el descanso por **maternidad**.

-Segundo: El artículo 48.4 del E.T. regula la suspensión del contrato (el epígrafe es: "suspensión con reserva de puesto de trabajo"), por **maternidad** y el subsiguiente derecho al descanso de la madre y, en su caso del padre (tras la Ley Orgánica 3/2007 "del otro progenitor") es decir, como no podía ser de otra manera, dado que es una norma que regula las relaciones laborales, las relaciones entre el empresario y la trabajadora y, en su caso, el trabajador, reconociéndoles el derecho al descanso por **maternidad**.

-Tercero: El citado precepto establece, como requisito para que parte de este derecho a la suspensión del contrato -descanso por **maternidad**- sea disfrutado por el padre, que la trabajadora opte "al iniciarse el periodo de descanso" por que el padre disfrute de una parte del descanso, opción que ha de comunicarse en ese momento al empresario. Tal obligación de comunicar la opción al empresario aparece en clara sintonía con lo dispuesto en la cláusula 2 de la Directiva 96/34 /CE, anteriormente transcrita, y se justifica por la necesidad que tiene el empresario de conocer el periodo de tiempo en que la trabajadora va a estar disfrutando del permiso de **maternidad**, si lo va a disfrutar en su totalidad o sólo en parte, para poder hacer sus previsiones respecto a la organización del trabajo, sustitución de la trabajadora, contratación de otro trabajador. ...

-Cuarto: El artículo 133 ter de la L.G.S.S ., ni en la redacción vigente en el momento del hecho causante ni en la redacción actual, exige como requisito para que el padre tenga derecho a percibir parte del subsidio por **maternidad**, que la madre haya optado, "al iniciarse el periodo de descanso de **maternidad**", por que parte de este descanso lo disfrute el padre.

-Quinto: El RD 12351/01, de 16 de noviembre, por el que se regulan las **prestaciones** económicas del sistema de Seguridad Social por **maternidad** y riesgo durante el embarazo, en su artículo 4 , establece los requisitos exigidos, no fijando entre ellos que la madre opte por que el padre perciba el subsidio por **maternidad** al iniciarse el periodo de descanso por **maternidad**. Ciertamente el artículo 13 de dicha norma , regulador del procedimiento para el reconocimiento del derecho a la **prestación** por **maternidad** señala que " expresamente, las solicitudes deberán contener el motivo de las mismas, la fecha de inicio y la distribución prevista del periodo de descanso de cada uno de los beneficiarios, así como los datos relativos a la empresa o empresas, si se tratase de trabajador por cuenta ajena ", pero no dispone que si no se efectúa tal determinación en la solicitud realizada por la madre, ello comporte que no se pueda, con posterioridad, comunicar a la Entidad Gestora que el padre va a comenzar el disfrute del descanso y periodo durante el que lo va a disfrutar.

-Sexto: De seguirse tal interpretación se haría de peor condición al padre ("al otro progenitor" tras la Ley Orgánica 3/2007) que a la madre, pues mientras esta última dispone, para solicitar el subsidio, de los plazos previstos en los artículos 43 y 44 L.G.S.S , con los efectos de prescripción y caducidad en ellos regulados, el padre dispondría de un único momento "al iniciarse el periodo de descanso por **maternidad**", que el INSS identifica erróneamente con "la solicitud de la trabajadora del subsidio por **maternidad**".

-Séptimo: Asimismo, de seguirse esta interpretación se establecería un peculiar plazo para la solicitud de la **prestación** de **maternidad** a favor del padre, no apareciendo plazo similar para ninguna de las **prestaciones** del sistema de Seguridad Social.

-Octavo: Se daría peor tratamiento al padre que solicitara el subsidio por **maternidad**, correspondiente a la parte de descanso por **maternidad** por el disfrutada, que al padre de hijo discapacitado, o menor adoptado o acogido, que disfruta del periodo adicional de dos semanas de descanso, pues no está previsto en qué momento han de manifestar su opción a favor de su disfrute por uno u otro de los progenitores (artículo 48.4 E.T párrafo noveno , en su redacción actual).

En definitiva, la solicitud del subsidio por **maternidad** a favor del padre, en el supuesto de que la madre decidiese que fuera el padre el que disfrutase de una parte del descanso por **maternidad**, se registrará, en cuanto a los plazos de solicitud, prescripción y caducidad por las normas generales de la L.G.S.S, artículos 43 y 44 ,

si bien la trabajadora habrá de tener en cuenta que, como el subsidio por **maternidad** se le viene abonando a ella por la Entidad Gestora, en el momento en que se reincorpore al trabajo, por iniciar el padre el descanso por **maternidad**, deberá poner tal hecho en conocimiento de dicha Entidad, a fin de evitar pagos indebidos y facilitar el abono al padre de dicha **prestación**.

Señalar, por último, que las normas han de ser interpretadas a la luz de lo establecido en el artículo 4 de la LO 3/2007 , que dispone que "la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, es un principio informador del ordenamiento jurídico y como tal se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas", norma que, si bien es cierto que es posterior a la fecha del hecho causante, se limita a reforzar el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo proclamado en el artículo 14 de la Constitución ."

Así pues, proyectado todo lo que antecede y partiendo del relato fáctico de la sentencia de instancia, con la adición acordada anteriormente, la Sala concluye que, efectivamente, la madre biológica, D^a Candida , consta haber renunciado a su derecho al descanso por **maternidad** de sus hijos, Maribel y Herminio , nacido el NUM000 /2012. Por lo tanto, queda abierta la posibilidad del padre y demandante, Sr. Alvaro , para optar a solicitar la **prestación** por **maternidad**. Y es que, evidentemente, el supuesto aquí enjuiciado, debe integrarse

en la naturaleza y finalidad de la norma que prevé y regula dicha **prestación** pues, como se sostiene en las diferentes leyes en materia de conciliación de la vida laboral y familiar y de la efectiva igualdad entre mujeres y hombres, que resultan manifestaciones de lo dispuesto en los artículos 14 y 39 CE 78, no sólo se protege el derecho del padre a disfrutar de su hija e hijo y cumplir, además de sus deberes familiares, sino que, además, está en juego la protección de los propios menores y de la institución de la familia - (art. 39 CE 78)-.

Todo lo cual comporta la estimación del motivo de censura jurídica y, por su efecto el presente recurso de suplicación. Y, en consecuencia, revocamos la sentencia de instancia y estimamos la demanda que da inicio al presente procedimiento.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por D. Alvaro contra la sentencia de fecha 29 de octubre de 2013, dictada por el Juzgado de lo Social Nº 9 de Las Palmas de Gran Canaria en los autos de juicio nº 15/2013 y, con revocación total de la misma, estimamos la demanda interpuesta por D. Alvaro frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social, en materia de **Prestaciones**; y declaramos nulas y sin efecto las Resoluciones del INSS, de fechas 17/10/2012 y 28/11/2012. Igualmente declaramos el derecho del actor a percibir la **prestación** por **maternidad** solicitada el 01/10/2012, y por el periodo y cuantía económica legalmente prevista.

Y condenamos al INSS, a su reconocimiento y abono al actor, así como a esta y pasar por tales declaraciones.

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

ADVERTENCIAS LEGALES.-

Contra esta sentencia cabe Recurso de Casación para Unificación de doctrina, que se preparará por las partes o el Ministerio Fiscal por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 220 y 221 de la Ley 36/2011 de 11 de Octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social .

Para su admisión será indispensable que todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, y no goce del beneficio de justicia gratuita efectúe, dentro del plazo de preparación del recurso, el depósito de 600 # previsto en el artículo 229, con las excepciones previstas en el párrafo 4º, así como así como el importe de la condena, dentro del mismo plazo, según lo previsto en el artículo 230, presentando los correspondientes resguardos acreditativos de haberse ingresado en el BANCO SANTANDER c/c nº 3537/0000/66/0145/14 pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista, y que habrá de aportarse en el mismo plazo. 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.

Para el supuesto de ingreso por transferencia bancaria, deberá realizarse la misma al siguiente número de cuenta:

IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274

Consignándose en el campo Beneficiario la Cuenta de la Sala y en Observaciones o Concepto de la Transferencia los 16 dígitos que corresponden al procedimiento.

Remítase testimonio a la Fiscalía de este Tribunal y líbrese otro testimonio para su unión al rollo de su razón, incorporándose original al Libro de Sentencias.

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