nº 35 (2º Trimestre 2023)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

La STS de 5 de julio de 2022 (RCUD 906/19): no al permiso de paternidad en los supuestos de muerte fetal

The STS of July 5, 2022 (RCUD 906/19): no to paternity leave in cases of fetal death

María José Asquerino Lamparero
Profesora Ayudante Doctora
Universidad de Sevilla
https://orcid.org/0000-0003-0013-2364

Cita Sugerida: ASQUERINO LAMPARERO, M.J.: «La STS de 5 de julio de 2022 (RCUD 906/19): no al permiso de paternidad en los supuestos de muerte fetal». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 35 (2023): 125-134

Resumen

El Alto Tribunal examina si es ajustado a Derecho -y, más concretamente a los postulados del art.14 de la CE- la denegación de la extinta prestación de paternidad cuando se produce la muerte intrauterina del hijo, superados los 180 días de gestación. Partiendo de los considerandos contenidos en la STC 111/18, se sitúa el foco de atención en las distintas finalidades a las que atienden las denominadas -en el pasado- prestaciones de maternidad y paternidad; el diferente fundamento al que se dirigen se erige en la circunstancia que legitima el dispar tratamiento que el óbito del hijo entraña para la madre (concesión de la prestación) con relación al padre (denegación del subsidio). La decisión de la Sala no es unánime, tal y como se infiere del voto particular.

Cierra el presente estudio el examen de una Sentencia del TSJ de Cataluña (de fecha 17 de octubre de 2022) que, abordando idéntica problemática, nos dispensa una solución diferente, en atención a la fecha en la que acaecieron similares hechos.

Palabras clave

Prestaciones por nacimiento y cuidado de menor; Paternidad; Muerte intrauterina; RD 295/09; Art. 14 CE

Abstract

The High Court examines whether it is in accordance with the law - and, more specifically, with the postulates of Art.14 of the EC - to deny the extinct paternity benefit when the intrauterine death of the child occurs after 180 days of gestation. Based on the recitals contained in STC 111/18, the focus is on the different purposes served by what were previously known as maternity and paternity benefits; the different grounds on which they are based is the circumstance that legitimises the different treatment that the death of the child entails for the mother (granting of the benefit) in relation to the father (refusal of the benefit). The Chamber's decision is not unanimous, as can be inferred from the dissenting votes.

This study closes with an examination of a Ruling of the TSJ of Catalonia (dated 17 October 2022) which, while addressing the same problem, provides us with a different solution, in view of the date on which similar events took place.

Keywords

Birth and childcare benefits; Paternity; Intrauterine death; Royal Decree 295/09; Art. 14 CE

1. LOS HECHOS PROBADOS

Los hechos concretos a tomar en consideración son:

1º. Matrimonio heterosexual celebrado el 30 de agosto de 2014.

2º. El 16 de junio de 2018, cuando habían transcurrido 39 semanas y 3 días de gestación, se produce la muerte del bebé en el seno materno.

3º. Concesión de la prestación de maternidad solicitada con una duración total de 16 semanas.

Fecha Recepción: 7/3/2023 - Fecha Revisión:28/3/2023 - Fecha Aceptación: 29/3/2023
Pags. 125-134

4º. Denegación de la prestación de paternidad instada, al no encontrarse el padre en ninguna de las situaciones tuteladas por el mencionado subsidio.

5º. Interposición de reclamación administrativa previa por el padre. Resolución administrativa confirmando la denegación anterior.

2. ANTECEDENTES PROCESALES

2.1. Sentencia de instancia: Sentencia del Juzgado de lo Social de Teruel de 12 de noviembre de 2018 (autos núm.254/2018)

Se interpone demanda frente al INSS y la TGSS impugnando la resolución administrativa que no concedía la prestación de paternidad. El Juzgado de lo Social desestima íntegramente la petición del padre-actor.

2.2. Sentencia de suplicación: STSJ de Aragón de 30 de enero de 2019 (Recurso de Suplicación núm. 819/19)

La Sala, en suplicación, confirma la Sentencia del Juzgado de lo Social recurrida por el que fuera demandante.

3. LA STS DE 5 DE JULIO DE 2022 (RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA NÚM. 906/2019)

3.1. Cuestiones previas

Frente a la Sentencia dictada por el TSJ de Aragón se planteó recurso de casación para la unificación de doctrina por parte del otrora demandante, citando como sentencia de contraste la fallada por el TSJ de País Vasco de 29 de mayo de 2018 (Rec. 982/18).

El Ministerio Fiscal interesó la desestimación del recurso.

Previamente a esbozar los argumentos sostenidos por cada una de las partes procesales, interesa destacar que la normativa vigente en el momento de dilucidarse el litigio no es coincidente con la actual. De hecho, lo que aquí se solicita -y es objeto de nuestra atención- no es el permiso por nacimiento y cuidado de menor[1] sino la extinta prestación de paternidad que -para los supuestos de parto natural- tenía como beneficiario al padre del bebé recién nacido.

La regulación más detallada de este permiso de paternidad-creado gracias a la Ley Orgánica 3/07, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres- se hallaba en el Real Decreto Ley 295/09, de 6 de marzo[2]. Si nos remontamos a la fecha a la que se refieren los hechos que han de dirimirse judicialmente, constatamos que la duración de la prestación por paternidad era sensiblemente inferior a la que se fijaba para la homóloga prestación por maternidad[3].

Este Real Decreto al que hemos hecho referencia descendía a distintas situaciones casuísticas entre las que se encuentra la que hoy nos atañe. En los supuestos del subsidio de maternidad, el fallecimiento del hijo "siempre que hubiera permanecido en el seno materno durante, al menos, 180

[1] Es el RDL 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

[2] RDL 295/09, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

[3] Con efectos para el año 2018, a través de Ley 6/18, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, se modificó el contenido del art.48.7 del Estatuto de los Trabajadores (RDLeg.2/2015, de 23 de octubre) para ampliar la duración del permiso de paternidad que, con carácter general, pasó a ser de cinco semanas.

días" no afectaba a la duración de la prestación, salvo que la madre decidiera reincorporarse al puesto de trabajo una vez hubieran transcurrido las seis semanas obligatorias tras el parto (art.8.4).

Para el caso de que nos halláramos ante la prestación de paternidad la misma situación experimentada por el padre era resuelta por la norma de manera dispar. Así, el fallecimiento del hijo imposibilitaba el acceso al subsidio. La única excepción era (es) en los casos en los que el óbito acaeciera tras el reconocimiento del derecho a la prestación, pues en estas hipótesis el derecho no decaía.

Los dos últimos preceptos (art.8.4 y art.26.7 del Real Decreto Ley 295/09) han permanecido inalterados hasta la fecha de la redacción de las presentes líneas y continúan vigentes a día de hoy.

3.2. La argumentación del padre-actor

La denegación del permiso de paternidad es combatida por el varón progenitor con base a la Ley Orgánica para la Igualdad (LO 3/07) en aplicación de los artículos 30 del Código Civil[4], art. 183 de la Ley General de Seguridad Social[5] , así como los artículos 8.4 y 26.7, ambos del reiterado Real Decreto Ley 295/09[6].

A mayor abundamiento (fundamentando así la concurrencia de los presupuestos procesales para la admisión del presente recurso) se aporta la Sentencia del TSJ de País Vasco de 29 de mayo de 2018 (rec. 982/18) por cuanto ante un caso similar (fallecimiento del bebé a las 37 semanas de gestación) se reconoce la prestación de paternidad (así como la de maternidad).

El diferente tratamiento que se dispensa a los dos progenitores con base a la calificación que tienen como "padre" o como "madre" es la clave que nos permite vislumbrar la posible existencia de vulneración del derecho consagrado en el art.14 de la Constitución.

3.3. La argumentación de la parte demandada-recurrida

En línea con lo sostenido desde la vía administrativa, se sigue insistiendo en la literalidad del precepto que indica de forma nítida que no existen posibilidades de acceder a la prestación en los supuestos de muerte del hijo acaecida con antelación a la concesión del derecho.

3.4. Los argumentos del Tribunal Supremo

Situar la cuestión litigiosa en el plano de la posible lesión de derechos fundamentales nos permite acudir a la doctrina consagrada por el Alto intérprete de la Constitución. El Tribunal Supremo rescata las ideas centrales que el Constitucional dejara asentadas en su Sentencia de 17 de octubre

[4] Art.30 Código Civil (Real Decreto de 24 de julio de 1889): "La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno".

[5] El art. 183 de la Ley General de Seguridad Social (RDLeg.8/15, de 30 de octubre) vigente en el momento de ventilarse la cuestión litigiosa (junio de 2018) decía así: "A efectos de la prestación por paternidad, se considerarán situaciones protegidas el nacimiento de hijo, la adopción, la guarda con fines de adopción y el acogimiento, 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, durante el periodo de suspensión que, por tales situaciones, se disfrute de acuerdo con lo previsto en el artículo 48.7 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, o durante el periodo de permiso que se disfrute, en los mismos supuestos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 49.c) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público".

[6] El art.8.4 RD 295/09: "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".
Por su parte, el art.26.7: "No podrá reconocerse el subsidio por paternidad 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".

de 2018 (STC 111/18, de 17 de octubre[7]) pues fue entonces cuando tuvo que analizar si la inferior duración legal de la prestación por paternidad con relación a la de maternidad era o no respetuosa con el art.14 de la Constitución.

En el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, se desgranaban los motivos finalistas a los que atendía la maternidad, indicándose de un lado el de recuperación de la salud y de otro el de procurar el estrechamiento de vínculos afectivos con el recién nacido, exigencias ambas impuestas por nuestro ordenamiento constitucional (así, el art.39.2 de la Constitución) y por la jurisprudencia del TJUE, junto a los diferentes instrumentos internacionales[8].

Se resalta en este punto, que a diferencia de lo que ocurre con la enunciada prestación de maternidad, en la generada por la paternidad no existe ninguna norma internacional que compela a concederla[9].

Además, se nos recuerda una idea recurrente en sede de prestaciones de Seguridad Social: los recursos del Sistema no son ilimitados, siendo el legislador competente para concretar el contenido y el alcance de las diferentes prestaciones, en atención a la situación socioeconómica del país.

Efectuadas estas iniciales consideraciones se debe pasar a examinar el objetivo al que atienden las prestaciones generadas con ocasión del nacimiento de un hijo, concluyéndose que el propósito "primordial"[10] al que atiende la prestación por paternidad no existe en aquellas hipótesis en las que tiene lugar el luctuoso acontecimiento. Si el subsidio se otorga para hacer realidad la obligación que pesa sobre el padre de asumir la responsabilidad en el cuidado de los hijos, parece lógico pensar que si no existe criatura que atender, la suspensión contractual y la prestación aparejadas al nacimiento deja de tener sentido.

Lo anterior no implica que no fuera jurídicamente admisible -en atención a los criterios a los que antes se aludían sobre la situación socioeconómica del país y de oportunidad- que se tutelara al padre cuando ocurren estas lamentables eventualidades. Pero de ello no debemos inferir que la exclusión legal actualmente mantenida conlleve la vulneración del art.14 CE.

De esta forma, la diferente finalidad a la que atienden las prestaciones en función de quién es su beneficiario, es el argumento decisivo para desestimar el recurso de casación y entender que en el supuesto debatido el padre no tiene derecho al subsidio reclamado, sin que con ello resulte resquebrajado ni el art.14 CE ni la Ley Orgánica 3/07[11].

Así, la madre que ha dado a luz necesita de la suspensión y de la prestación con independencia de que su hijo viva o fallezca, pues en ambos supuestos es necesario un lapso para que se recupere.

[7] Gorelli Hernández, J.: "La corresponsabilidad a través de la Seguridad Social: las nuevas prestaciones por nacimiento y lactancia". Revista de Derecho de la Seguridad Social. Bomarzo. Núm.20. Disponible en https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/364. Glosa (p.48) el contenido de esta sentencia, así como las del mismo Tribunal 117/2018, 138/2018 y 2/2019, para llegar a concluir cómo "el vaticinio del TC se cumple a través del RD-Ley 6/2019, regulación que pretende impulsar el principio de corresponsabilidad ante las responsabilidades familiares [debiendo] entenderse que la corresponsabilidad no es sino un trasunto de las exigencias de igualdad y no discriminación a favor de las madres trabajadoras"

[8] Explícita cita a Convenio de la OIT núm. 103; art. 10.2 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o la Directiva 92/85/CEE.

[9] Pues, en la fecha del fallo del Tribunal Constitucional no se había dictado la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores.

[10] El Tribunal Supremo en su Fundamento de Derecho apartado 4 refiere literalmente la argumentación del TC, indicando que "En el supuesto de parto la finalidad primordial perseguida por el legislador…". Esta misma idea se reitera en el apartado 5: "Las finalidades, no exclusivas, pero sí primordiales de lo que anteriormente se denominaban suspensión y prestación por maternidad y por maternidad… son diversas".

[11] Seguimos con el Fundamento de Derecho Tercero en el mismo apartado. "Siendo las finalidades distintas, el legislador no está obligado a dar el mismo tratamiento a las prestaciones por maternidad y por paternidad en el extraordinariamente "doloroso trance",

Esta circunstancia no concurre en el padre; en los supuestos en los que el hijo fallece el sentido de la prestación se desvanece, pues siendo este el de cumplir con sus obligaciones parentales si no hay criatura que cuidar no existe obligación de corresponsabilidad que hacer efectiva.

Esta conclusión no obstaculiza, sin embargo, la posibilidad normativa de arbitrar una tutela específica destinada a ese otro progenitor que amplíe el ámbito objetivo -y subjetivo- de tutela de la prestación al padre, opción esta que le compete al legislador atendiendo a la situación socioeconómica.

Responde también el Tribunal Supremo a otra de las cuestiones suscitadas para fundamentar la lesión del art.14 CE: el diferente tratamiento que se le dispensa a la situación de fallecimiento de hijo en función de si se ha o no concedido la prestación. La escisión entre las dos posibles consecuencias jurídicas en torno a la concesión o no de la prestación se realiza con base a criterios legales diferentes; la fijación de los regímenes jurídicos escindidos que se hacen depender de si se ha o no concedido la prestación, se erige en el factor diferencial legítimo. Así pues, la diferencia entre ambas situaciones (antes de la concesión de la prestación y con posterioridad a su reconocimiento) es el criterio empleado para fijar legítimamente regímenes jurídicos dispares.

3.5. El voto particular

Disconforme con el sentir mayoritario, la Excma. Sra. Dña. Rosa María Virolés Piñol manifiesta su parecer contrario, entendiendo que sí se debería haber concedido la prestación reclamada.

Esa afirmación la sustenta con base a varios argumentos constitucionales. De un lado, aprecia que denegar el subsidio contraviene lo ordenado por el art.14 CE; en segundo lugar sería contraria la denegación al art.39 CE que reconoce el derecho a la conciliación y, por último, se conculca el derecho a la vida privada directamente consagrado en el art.18 CE con relación a lo dispuesto por el Convenio Europeo de Derechos Humanos en el precepto (art.8) destinado a la protección de la vida privada, habiéndose obviado en el análisis estas consideraciones jurídicas.

Se detiene la magistrada en la expresión incorporada en la Sentencia del Tribunal Constitucional y referida por el Tribunal Supremo relativa a la "finalidad primordial" de la prestación. El empleo de este concreto adjetivo nos advierte que las prestaciones en liza no tienen un único y exclusivo objetivo.

Si se analiza, se observa que solo una parte (concretamente, seis semanas) de la prestación de maternidad es la que se destina a la recuperación de la madre, pero el resto del tiempo en que se encuentra en esa situación el propósito al que atiende la suspensión-prestación es el cuidado del hijo, siendo este coincidente plenamente con el que atiende el permiso de paternidad.

Esta reflexión le lleva a rememorar lo que el Tribunal de Luxemburgo afirmara en su Sentencia de 12 de diciembre de 2019 (C-450/18) con relación a la necesidad de aplicar el principio de igualdad al complemento de pensión que se preveía legalmente solo para la mujer que hubiera sido madre de, al menos, dos hijos y tuviera derecho a la prestación de incapacidad permanente. El TJUE indicó que la constricción del mencionado complemento exclusivamente a la mujer contrariaba de manera frontal lo dispuesto por la Directiva 79/7/CEE del Consejo de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social[12].

La identidad entre el supuesto debatido y el reflejado por el fallo del Tribunal europeo le lleva a entender que una situación como la expuesta debería haberse resuelto a favor de la concesión de la prestación al varón.

[12] Un comentario en Maldonado Molina, J.A.: "Los primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre la fecha de efectos del complemento por maternidad reconocido a los hombres". Revista de Derecho de la Seguridad Social. Núm.32. Ed. Laborum. Pp.47-64. Disponible en https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/602

4. UNA MIRADA A LA STSJ DE CATALUÑA DE 17 DE OCTUBRE DE 2022

Antes del dictado de la Sentencia del Tribunal Supremo que hemos pretendido glosar, aparecieron en nuestro universo judicial distintos pronunciamientos que atendieron al desgraciado asunto que hoy nos atrapa[13].

Tras el fallo del Alto Tribunal no parece que las aguas hayan vuelto a su cauce, pues se sigue planteando este problema, aunque lógica y afortunadamente no de forma recurrente. En la labor de búsqueda de estos pronunciamientos posteriores hemos hallado una Sentencia que dictada por el TSJ de Cataluña (de 17 de octubre de 2022[14]) resuelve justamente lo contrario que el Tribunal Supremo dictaminó, a través de un pronunciamiento que, a su vez, confirma lo fallado por la instancia[15].

Y esa sentencia de suplicación no solo va a explicar la razón (o razones) de la concesión de la prestación (ya sí por nacimiento y cuidado de menor) sino el motivo por el que se aparta de la doctrina unificada. Y, a estos efectos, vamos a comprobar cómo la fecha en la que se produjo el lamentable fallecimiento del hijo va a ser decisiva (año 2021).

Los argumentos de oposición para no conceder la prestación no parecen haberse alterado: no existe quebrantamiento alguno del derecho a la igualdad sencillamente porque las finalidades a las que atienden los subsidios previstos para cada uno de los progenitores (madre natural y, en este caso, padre) no son coincidentes[16].

La STSJ enfatiza el argumento que ya antes había plasmado en una anterior resolución de 2011[17] , destacando que el propósito al que atiende la antes denominada prestación por paternidad no es coincidente con el que atendía en épocas pasadas. Así, al sentido de atención a la corresponsabilidad se suma la conciliación de vida familiar y laboral que incluye la atención del bebé, pero también de la "pareja en un momento tan particular como [es] el de parto, adopción y acogimiento".

A las anteriores consideraciones se une la relativa a la modificación legal que experimentó el art.48 del ET, vigente desde el día 1 de abril de 2019 y que, a los efectos que aquí nos interesan se refirió a la introducción del apartado 4 que, entre otras previsiones[18], equiparó la duración de la suspensión entre ambos progenitores[19], refiriéndose en el párrafo quinto a que "En el supuesto de fallecimiento

[13] Así, denegando la concesión de la prestación por paternidad la STSJ de Aragón de 30 de enero de 2019 (Sentencia 50/19); estimando las pretensiones del padre, las Sentencias del TSJ de País Vasco de 9 de diciembre de 2010 (Rec.2484/10);TSJ de País Vasco de 29 de mayo de 2018 (Rec. 982/18); TSJ de Asturias de 17 de abril de 2018 (Rec. 3096/17); TSJ de Castilla La Mancha de 2 de abril de 2019 (Rec. 498/19); TSJ de Cantabria de 20 de diciembre de 2021 (Rec. 783/21); TSJ de Cataluña de 11 de noviembre de 2021 (Rec. 3434/21).

[14] ECLI: ES: TSJCAT:2022:8213.

[15] Véase el comentario de Rojo Torrecilla, E.: (13/noviembre/2022). "Los debates sobre el derecho a la prestación económica por nacimiento y cuidado de menor, cuando el primero no se produce. TS no, TSJ de Cataluña sí, ¿y regreso al TS? A propósito de la importante sentencia del TSJ catalán de 17 de octubre de 2022 (actualización a 16 de noviembre". [Mensaje en un Blog]. El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales. Recuperado de EL BLOG DE EDUARDO ROJO: Los debates sobre el derecho a la prestación económica por nacimiento y cuidado de menor, cuando el primero no se produce. TS no, TSJ de Cataluña sí, ¿y regreso al TS? A propósito de la importante sentencia del TSJ catalán de 17 de octubre de 2022 (actualización a 16 de noviembre). (eduardorojotorrecilla.es).

[16] En este supuesto se trataba de la solicitud de la prestación por nacimiento de hijo que falleció a las 36 semanas de gestación.

[17] Se trataba de la STSJ de Cataluña de 11 de noviembre de 2021 (recurso 3434/21).

[18] En el citado art.48.4 ET, se explicita que las seis semanas posteriores al parto las habrá de disfrutar obligatoriamente la madre a jornada completa "para asegurar la protección de la salud de la madre"; a diferencia de lo que ocurre con el progenitor distinto a la madre biológica por cuanto siendo obligatorio el disfrute de idéntico periodo con el mismo régimen de jornada, el objetivo al que atiende será "el cumplimiento de los deberes de cuidado previstos en el artículo 68 del Código Civil".

[19] Véase el régimen transitorio dispuesto por el RD Ley 6/19 (disposición transitoria decimotercera) y, en concreto cómo es a partir del 1 de enero de 2021 cuando se produce la total equiparación en la duración de los dos supuestos suspensivos para ambos progenitores.

del hijo o hija, el periodo de suspensión no se verá reducido, salvo que, una vez finalizadas las seis semanas de descanso obligatorio, se solicite la reincorporación al puesto de trabajo".

Dado que los hechos a dilucidar por el Tribunal Supremo en su sentencia de 5 de julio de 2022 datan de 2018, ninguno de los cambios en el espacio normativo a los que hemos aludido eran de aplicación entonces. Es más, continúa el TSJ de Cataluña, es a partir de agosto de 2022 (y no antes) cuando entra en vigor la Directiva 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo que redunda en la corresponsabilidad entre varones y mujeres, admitiendo sin imponer la posibilidad de que "Los Estados miembros también pueden conceder el permiso de paternidad en caso de muerte fetal".

La presente realidad normativa le hace afirmar que, dado que nuestro ordenamiento ha optado expresamente por el reconocimiento del derecho a la prestación para la "madre gestante en supuesto de muerte fetal y equiparada la duración del permiso para ambo/as progenitore/as por nacimiento y cuidado de hijo/a en virtud del RD 6/2019, la literalidad del artículo 26.7 del RD 295/2009 haya de entenderse superada por el nuevo contexto normativo".

De esta forma, salvo la diferente intención a la que se pretende atender durante las seis semanas posteriores al parto (pues la relativa a la recuperación de la salud es genuinamente de la madre natural) no existe ningún argumento jurídicamente plausible para defender la disparidad en el tratamiento en función de si se trata de la madre o el padre (o progenitor segundo).

Adviértase, además, que existe una contradicción entre el tratamiento legal (art.48.4 ET) que se dispensa al fallecimiento del hijo con respecto al que a través de previsión reglamentaria se ofrece a idéntica situación (art.26.7 RD 295/09). Esa incoherencia ha de resolverse aplicando el principio de jerarquía normativa, esto es, en favor del art.48.4 párrafo quinto del ET.

Si el análisis se circunscribe al examen de los objetivos normativos, estos están claros, pues las prestaciones por nacimiento (con independencia de quién sea su beneficiario) atienden al "cuidado del menor nacido" pero "también la atención a la pareja, la adaptación a la nueva situación familiar que, en el caso de un hijo o hija fallecidos, implica un periodo de duelo, que afecta tanto a la madre como al padre; por lo que no tiene lógica que, en estos supuestos, se conceda la prestación de maternidad y no la de paternidad"[20] .

Para finalizar recordar que el canon hermenéutico nos lo ofrece la Ley de igualdad (LO 3/07) e incide en el mismo la reciente Ley 15/2022 (de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación) que enfatiza que el sexo no es un factor que permita fundamentar la diferencia en el trato.

5. CONCLUSIONES

Ciertamente el art.27.6 del RD 295/09 no deja lugar a dudas sobre su interpretación literal, pues claramente postula que para los supuestos en que no se hubiera reconocido el derecho a la prestación del padre de una criatura fallecida, no se podrá acceder al subsidio. Es esa dicción de la norma la que sustenta la denegación tanto del Alto Tribunal como, previamente, del propio INSS (cuya postura se ratifica en el criterio de gestión 10/2020 de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS[21]).

Esta falta de concesión no supone -a juicio del Supremo- vulneración del principio de igualdad, aun cuando la respuesta normativa a idéntica y trágica situación varía en atención al posible beneficiario y, concretamente, a si es la madre natural o el otro progenitor (art.8.4 RD 295/09).

[20] Este extracto de la Sentencia es copia literal de lo que ya tuvo la oportunidad de manifestar el mismo TSJ el 11 de noviembre de 2021 (recurso 3434/21).

[21] De fecha 21 de abril de 2020. "Materia: Prestación por nacimiento y cuidado de menor del progenitor distinto a la madre biológica en caso de fallecimiento del hijo con 180 días de gestación".

La aparente contradicción se resuelve teniendo presente que los hechos a dilucidar tenían que ser solucionados conforme a la normativa imperante entonces, 2019, momento en el que la duración de las prestaciones por nacimiento difería en función de si era la madre la beneficiaria o resultaba serlo el padre. Efectivamente, el cuadro normativo vigente era diferente al actual, lo que suponía partir de la base de que distintos eran los lapsos de disfrute. Sin olvidar esta diferencia, se procede a aplicar parte, pero solo parte de la nueva filosofía que inspira el actual escenario legal. Y, en este punto, aparece (a nuestro juicio) la incoherencia.

Así, olvidando el claro propósito unificador que domina e inspira la reforma en esta prestación de cuidado de menor que claramente ha hecho una apuesta decidida y real para que el régimen jurídico de la prestación sea ajeno a si el solicitante es padre o madre (o progenitor uno y progenitor dos), sí acoge de forma expresa una segmentada y muy concreta previsión de la citada reforma: la finalidad que literalmente se señala en el actual art.48.4 ET. Con base a este precepto, el Tribunal Supremo escinde las dos realidades vividas por los dos progenitores, indicando que a lo que atiende la suspensión en lo que hace a la madre -y, por ende, el subsidio que tutela esta situación- es a la recuperación de su salud; por el contrario, el objetivo al que se dirige la prestación en el caso del padre es que pueda hacer efectivo su deber de corresponsabilidad.

Sentadas estas iniciales consideraciones, el fallecimiento del hijo deja intacta la finalidad de la prestación en el supuesto de la madre, pues sigue siendo necesaria su recuperación (entendemos no solo física) pero deja vacío de contenido el deber de atención que ha de asumir el padre con respecto al hijo, pues lamentablemente no hay bebé al que cuidar.

Siendo ello así, los diferentes objetivos normativos prioritarios, no únicos (como destacará el voto particular) en virtud de quién es el beneficiario de la prestación son los que se erigen en causas justificadoras del dispar tratamiento jurídico en los supuestos de fallecimiento de hijo.

El problema, a nuestro juicio, es que tras leer la sentencia no podemos desprendernos de la sensación de que se debería haber aplicado la norma actual en toda su dimensión y extensión. Hacerlo de esta manera hubiera conducido a entender que efectivamente los objetivos pretendidos en función de si se es o no la madre natural son diferentes (en lo que hace a las seis primeras semanas) pero también nos lleva a contemplar la situación que se plantea desde la óptica de la equiparación plena de derechos entre los dos progenitores.

La homogeneidad entre derechos de los dos padres va más allá de la duración de los tiempos de suspensión/prestación. La nueva Ley, la que le da un nuevo redactado al art.48 ET, prevé incluso que el fallecimiento del menor no implica el fin de la suspensión contractual pues, aunque podamos sostener que es superior el interés del menor, cuando este desaparece, la suspensión del contrato no queda desprovista de causa y todo ello con independencia de si se trata de la madre natural o de la otra persona progenitora.

Siendo ello así, la previsión reglamentaria de 2009 destinada exclusivamente al varón es vacua. Está carente de contenido no solo porque -tal y como dirá la STSJ de Cataluña de 17 de octubre de 2022 - la ley prima sobre el reglamento, sino porque incluso la norma de referencia que separaba tajantemente el rol del padre y madre no tiene sentido en la época actual.

Ciertamente, la situación que analizó el Tribunal Supremo en esta sentencia no era la misma que ha tenido la oportunidad de juzgar más recientemente el TSJ de Cataluña (tal y como este advierte una y otra vez) que sí ha accedido a la pretensión paterna de disfrute de la prestación, aun cuando se había producido el deceso del hijo. No lo es, por cuanto el Alto Tribunal analiza unos tiempos en la duración de la prestación que eran sensiblemente inferiores a los que hoy existen, unos tiempos que variaban en función de quién era quien causaba el derecho, pero sí emplea para justificar su tesis negacionista parámetros legales que no eran los imperantes en el momento en que se circunscriben los hechos a dirimir: la salud de la madre y los que descansan en el art.68 del Código Civil.

A nuestro juicio no es aventurado -y más si se observa la evolución normativa del subsidio por nacimiento- pensar que la irrupción del art.26.7 del RD 295/09 obedeciera a que algunas de las ideas más tradicionales sobre la concepción de la familia se hubieran podido filtrar en la pluma del aquel ya lejano año 2009[22], habiendo permanecido el precepto por olvido y porque -afortunadamente- no es una situación que se halle especialmente presente en nuestra sociedad, al ser relativamente (nos inclinamos a opinar) escasos los fallecimientos que se producen de bebés antes de haber sido concedida la prestación por nacimiento.

El propio lenguaje empleado da cuenta de que la realidad del 2009 no es la misma que la actual[23]. Disponemos hoy de una nueva nomenclatura para designar una prestación que no distingue entre padre y madre, que quiere dar cabida a todas las familias sin exclusión de ninguna opción, lo que pone de relieve que, si ya no se puede hablar de padre o madre, menos sentido tiene separar el tratamiento jurídico en función de un rol que se trata de descartar.

Y, aún más, interpretar la realidad actual conforme a la literalidad del precepto hoy combatido no solo quebranta la igualdad en el tratamiento entre los dos progenitores, sino que, además, únicamente serviría para perpetuar la visión estereotipada de la mujer, pues subyace la idea de que el dolor por la pérdida de un hijo solo es sentido por el sexo femenino. Esta "concepción paternalista"[24] es la que consigue que subsista la idea de que el cuidado del hijo es tarea propia, connatural a la mujer.

La equiparación real pasa por ser cuidadosos con los detalles, con las diferentes contingencias que pueden acaecer, pues los atisbos de desigualdad en el tratamiento en función del sexo de la persona conducen a una serie de consecuencias que sí son más ostensibles. Si se deniega la prestación al varón empleando esa interpretación literal y se desechan otros criterios hermenéuticos señalados en el art.3 del Código Civil, se puede llegar a provocar efectos no deseados y, ante la tesitura en la que se sitúa un empleador a la hora de contratar a una persona u otra, el sexo puede ser un criterio para decidirse, pues se podría entender que resulta más rentable vincularse con un hombre -que no va a gozar de "tantos" derechos- que hacerlo con una mujer.

De cualquier manera, dudamos (y esto no es más que, una vez más, nuestra humilde opinión) que un ulterior pronunciamiento ante el Tribunal Supremo obtenga la misma respuesta que el que hoy hemos analizado. La existencia del voto particular ya nos anuncia que es un problema con aristas; de otro lado, la STSJ de Cataluña nos ofrece las pistas para que ese posible recurso de casación sea resuelto de manera diferente, para lo cual bastará únicamente con probar que los hechos acaecieron tras la entrada en vigor de la reforma.

El mantener la interpretación tal y como es concebida por el Tribunal Supremo nos lleva a la práctica a que el padre (empleando la terminología de la norma) pueda suspender el contrato de trabajo, pero sin derecho a prestación alguna, lo que podría invitarle a escudriñar otras fórmulas más rentables para obtener idéntico efecto de suspensión. Y, en este punto, no es descartable que pudiera instar una incapacidad temporal, pues él también ha de recuperarse (y esto nos lleva a entender que

[22] Otro de los aspectos criticables de la norma es el relativo a la excepción. El padre sí tendría derecho a continuar con el disfrute de la prestación si esta ya se hubiera concedido lo que "no resulta muy razonable al hacer depender el efecto jurídico de la mayor o menor celeridad de la Entidad Gestora en el reconocimiento del subsidio" (Martínez García, M.L: *Propuestas para una regulación igualitaria de la protección por maternidad y paternidad.* Ed. Tirant lo Blanch. 2018, p.159.

[23] Resulta tremendamente ilustrativo analizar el cambio en el lenguaje -con relación a esta prestación-que da cuenta de la evolución que hemos experimentado socialmente en torno a la asunción de los roles familiares. Una muestra en la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 (Decreto de 26 de enero de 1944, por el que se aprueba el texto refundido del Libro de Ia Ley de Contrato de Trabajo) que con relación al padre establecía que "el trabajador, avisando con la posible antelación, *podrá* faltar al trabajo con derecho a percibir el salario, por tiempo que no exceda de *una jornada de trabajo,* en caso de *alumbramiento de la esposa".* La cursiva es nuestra. Repárese que ese permiso se otorgaba solo en los supuestos en los que el hijo hubiera nacido dentro del matrimonio; será el Estatuto de los Trabajadores de 1980 el que establece el derecho en atención al nacimiento de hijo (art.37.b)).

[24] Idea tomada de una intervención oral: Domínguez Morales, A.

la recuperación de la salud, esa que se reconoce para la madre, no es solo física) de tan "lamentable suceso" (palabras estas empleadas por el Tribunal). De esta forma, si entendemos la salud como integral que no se ciñe al aspecto físico, sino que engloba la salud psíquica, también podemos ver que durante un tiempo (acaso las primeras semanas tras el óbito) la finalidad a la que atendería la prestación por nacimiento es muy parecida a la que cumple la prestación para la madre.

El actual anteproyecto de la conocida como Ley de Familias no prevé, a fecha de hoy, ninguna modificación del articulado del RD 295/09, pero sí mantiene incólume el art.48.4 ET en lo que hace a la previsión de intangibilidad de las situaciones suspensivas para los dos progenitores en los supuestos de óbito de la criatura. Además, se incluye -inédito hasta la actualidad- la posibilidad que tiene el progenitor distinto a la madre natural a anticipar "en diez días el comienzo del disfrute del permiso", siendo la finalidad (Exposición de Motivos) el "cuidado de la madre biológica durante este periodo"[25]. Esta nueva filosofía, o más bien continuista con los principios que han venido inspirando las reformas tantas veces citadas, redunda en la consideración de que no existe una única y exclusiva finalidad a la que atienden las prestaciones por menor a cargo.

Es de celebrar, por supuesto, pero quizás sería el momento oportuno también de revisar el contenido del RD 295/09. Es la ocasión para suprimir tratamientos contrarios a la igualdad como el presente, para limar incoherencias como la que se detecta al diferenciar las situaciones en virtud de si se ha concedido o no la prestación cuando fallece el hijo (cuya única explicación parece ser la difícil gestión y control) y, por último, para sustituir los vocablos de "maternidad" y "paternidad" cargados de simbolismo histórico por otros nuevos más asépticos.

[25] El anteproyecto modifica el art.48.4 del ET reflejando, en lo que a este estudio atañe: "No obstante, la madre biológica podrá anticipar su ejercicio hasta cuatro semanas antes de la fecha previsible del parto, mientras que la persona progenitora distinta de la madre biológica podrá anticipar su ejercicio hasta diez días antes de dicha fecha".