

El Pleno de la Sala de lo Social del TS no considera discriminatorio que se deniegue la prestación por paternidad y se otorgue a la madre biológica la prestación por maternidad, en los casos de nacimiento sin vida de un hijo

Se confirma la resolución denegatoria de la prestación por paternidad solicitada por el recurrente tras el alumbramiento sin vida a las treinta nueve semanas de gestación de la hija que él y su esposa esperaban, habiendo ésta percibido íntegramente la prestación de maternidad.

Declara el Tribunal que, conforme al art. 26.7 del RD 295/2009, se puede denegar, en supuestos como el examinado, la prestación por paternidad, no siendo discriminatorio que a la madre biológica sí se le reconozca la prestación por maternidad, pues, tal y como ha establecido el TC, las finalidades de la suspensión y prestación por maternidad y por paternidad son diversas. En el caso de la suspensión y prestación por maternidad se trata de recuperar y proteger la salud de la madre biológica, mientras que en el caso del progenitor distinto de ella se trata de fomentar su corresponsabilidad en el cuidado del hijo. Concluye el Tribunal que el legislador no está obligado a dar el mismo tratamiento porque en los casos del nacimiento sin vida del hijo sigue existiendo la necesidad de recuperar y proteger la salud de la madre biológica, mientras que en el caso del otro progenitor deja de existir la necesidad de que se haga corresponsable de la atención al descendiente. Formula voto particular la Magistrada D.^ª Rosa María Virolés Piñol.

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social

Sede: Madrid

Sección: 991

Fecha: 05/07/2022

Nº de Recurso: 906/2019

Nº de Resolución: 602/2022

Procedimiento: Recurso de casación para la unificación de doctrina

Ponente: IGNACIO GARCIA-PERROTE ESCARTIN

Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

SENTENCIA

Madrid, a 5 de julio de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Pablo Jesús, representado y asistido por la letrada D.^ª Marta Martínez Lahuerta contra la sentencia de fecha 30 de enero de 2019 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón en el recurso de suplicación núm. 819/2018, formulado frente a la sentencia de fecha 12 de noviembre de 2018, dictada en autos 254/2018 por el Juzgado de lo Social de Teruel, seguidos a instancia de dicho recurrente, contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, sobre prestación de paternidad.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de parte recurrida el Instituto Nacional de la Seguridad Social, representado y asistido por la letrada de la Administración de la Seguridad Social doña María Pilar García Perea.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 12 de noviembre de 2018, el Juzgado de lo Social de Teruel, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "FALLO: Que debo DESESTIMAR Y DESESTIMO íntegramente la demanda presentada por D. Pablo Jesús contra el INSS y TGSS, declarando conforme a derecho la resolución de 29 de junio de 2018 dictada por el INSS, y en consecuencia, se ABSUELVE a las demandadas de todos los pedimentos de la demanda".

En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

"PRIMERO.- D. Pablo Jesús DNI; NUM000 contrajo matrimonio con D^a. Erica en fecha 30 de agosto de 2014. Son padres de un hijo nacido el NUM001 de 2015. (Libro de familia: doc. 4 acompañado a la demanda)

SEGUNDO.- En fecha 16 de junio de 2018, cuando la Sra. Erica se encontraba de 39 semanas y tres días de gestación (FUR 14 de septiembre de 2017), acudió al HOSPITAL000 al notar una disminución súbita de movimiento fetales, constatándose tal día: "la muerte fetal in útero". (Informe de alta del servicio de tocoginecología: doc. 5 acompañado a la demanda).

En fecha NUM002 de 2018, la Sra. Erica ingresó en el Servicio de Urgencias del HOSPITAL000 siendo inducido el parto mediante el uso de "Misoprostol 200 mcg" por vía vaginal. (Informe de alta del servicio de tocoginecología: doc. 5 acompañado a la demanda).

En fecha NUM002 de 2018 a las 8:00 horas, D^a. Erica , dio a luz una niña de 2.880 gramos, la cual había fallecido en el día anterior. El Dr. Conrado asistió el parto y certificó la muerte anteparto. Fue dada de alta ese mismo día. (Informe de alta del servicio de tocoginecología: doc. 5 acompañado a la demanda y folio 9 de expediente administrativo: Declaración y parte de alumbramiento: doc. 1 de actor y folio 6 de expediente administrativo; Certificado del Servicio de Obstetricia: doc. 2 aportado por actor y folio 12 de expediente administrativo; Certificado de HOP: Folio 8 de expediente administrativo).

En fecha 18 de junio se comunicó al encargado del Registro civil el parto de un feto mujer, el NUM002 de 2018. La causa del aborto fue desconocida. (Acta del Registro Civil: doc. 6 acompañado a la demanda y folio 6 de expediente administrativo).

TERCERO.- En fecha 22 de junio de 2018, la Sra. Erica , solicitó la prestación de maternidad. (Doc. 13 acompañado a la demanda)

En fecha 26 de junio de 2018, la Directora Provincial del INSS reconoció su derecho a la prestación de maternidad del 100% sobre una Base reguladora de 6,36 euros, siendo la fecha de efectos económicos el 17 de junio de 2018, y la fecha de vencimiento el 6 de octubre de 2018. El subsidio se paga por meses vencidos tal y como solicitó la Sra. Erica .(Resoluciones: docs. 14, 15 y 16 de expediente administrativo).

CUARTO.- El Sr. Pablo Jesús , desde el 19 de junio de 2017 trabaja para la Diputación Provincial de Teruel como técnico de la Administración General con un salario bruto de 2.947,60 euros incluida prorrate de pagas extras. (Nómina mayo: doc. 7 acompañado a la demanda; certificado de empresa: doc. 8 acompañado a la demanda; informe de vida laboral: doc .9 de expediente administrativo).

QUINTO.- EL Sr. Pablo Jesús se encuentra en situación de baja por contingencias profesionales a fecha 28 de junio de 2018. (Parte de IT: doc. 7 acompañado a la demanda). SEXTO.- En fecha 25 de junio de 2018 el Sr. Pablo Jesús , solicitó la prestación de paternidad. (Solicitud: Doc. 11 acompañado a la demanda y folios 1 a 5 de expediente administrativo).

SÉPTIMO.- En fecha 29 de junio de 2018 se dictó resolución por la Directora Provincial denegando su solicitud: "Por no encontrarse en ninguna de las situaciones protegidas, de acuerdo con lo previsto en los artículos 183 y 318, y en la disposición adicional primera del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, y en los artículos 22 y 23 del RD 295/2009 de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la seguridad social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural"

OCTAVO.- El 24 de julio de 2018 se presentó por el actor reclamación previa que fue desestimada mediante la resolución de fecha 3 de agosto de 2018 de la Directora Provincial del INSS y fue notificada el 8 de agosto el mismo año. (Reclamación: doc. 2 acompañado a la demanda; resolución desestimatoria que se da por reproducida: folios 21 y 22 de expediente administrativo y doc. 1 acompañado a demanda; Acuse de recibo: folio 23 de expediente administrativo)".

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, dictó sentencia con fecha 30 de enero de 2019, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "FALLAMOS: Desestimamos el recurso de suplicación nº 819 de 2019 interpuesto por D. Pablo Jesús , ya identificado antes, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social de Teruel en fecha 12 de noviembre de 2018, y en consecuencia confirmamos dicha resolución".

TERCERO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal de Don Pablo Jesús , el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de fecha 29 de mayo de 2018, rec. 982/2018.

CUARTO.- Admitido a trámite el presente recurso, se dió traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO.- Evacuado el trámite de impugnación, pasó todo lo actuado al Ministerio Fiscal para informe, dictaminando en el sentido de considerar el recurso improcedente. Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos.

SEXTO.- Por Providencia de fecha 23 de marzo de 2022 y por necesidades del servicio se designó como nuevo Ponente al Magistrado Excmo. Sr. D. Ignacio García-Perrote Escartín, señalándose para votación y fallo del presente recurso el día 17 de mayo de 2022.

SEPTIMO.- En Providencia de fecha 17 de mayo de 2022, se hacía constar lo siguiente: "Estima la Sala que, dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, procede su debate por la Sala en Pleno, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. A tal efecto se suspende el señalamiento acordado para el día de hoy, trasladando el mismo para el día veintidós de junio de dos mil veintidós, para cuya fecha se convocará a todos los Magistrados de esta Sala".

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Cuestión planteada y sentencia recurrida

1. La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina es si el ahora recurrente tiene derecho a la prestación de paternidad, como consecuencia del alumbramiento sin vida a las treinta y nueve semanas y tres días de gestación de la hija que él y su esposa (quien sí percibió íntegramente la prestación de maternidad) esperaban.

2. La esposa del recurrente en casación unificadora dio a luz el NUM002 de 2018 una niña que había fallecido (muerte anteparto) el día anterior. A la esposa del recurrente se le reconoció la prestación de maternidad por resolución del INSS de 26 de junio de 2018.

El ahora recurrente solicitó la prestación de paternidad, que le fue denegada por resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) de 29 de junio de 2018.

3. Tras serle desestimada la reclamación previa, el recurrente en casación unificadora interpuso demanda contra el INSS y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), demanda que fue desestimada por la sentencia del Juzgado de lo Social único de Teruel de 12 de noviembre de 2018 (autos 254/2018).

El recurrente en casación para la unificación de doctrina interpuso recurso de suplicación contra la sentencia del juzgado de lo social, siendo desestimado el recurso por la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Aragón 50/2019, de 30 de enero de 2019 (rec. 819/2018).

SEGUNDO. El recurso de casación para la unificación de doctrina, su impugnación, el informe del Ministerio Fiscal y la existencia de contradicción

1. El afectado ha interpuesto recurso de casación para la unificación de doctrina contra la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Aragón 50/2019, de 30 de enero de 2019 (rec. 819/2018).

El recurso invoca de contraste la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco 1123/2018, de 29 de mayo de 2018 (rec. 982/2018) y denuncia la infracción de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, en la aplicación de los artículos 30 del Código Civil (CC), 183 de la Ley General de Seguridad Social de 2015 (LGSS) y 8.4 y 26.7 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

2. El recurso ha sido impugnado por el INSS y la TGSS, solicitando su desestimación y la confirmación de la sentencia recurrida.

3. Partiendo de la existencia de contradicción entre la sentencia recurrida y la sentencia de contraste, el Ministerio Fiscal interesa en su informe la desestimación del recurso de casación para la unificación de doctrina.

4. Apreciamos, en coincidencia con lo informado por el Ministerio Fiscal, que existe contradicción entre la sentencia recurrida y la sentencia referencial, la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco 1123/2018, de 29 de mayo de 2018 (rec. 982/2018).

En efecto, en el supuesto examinado por esta última sentencia, también tuvo lugar un alumbramiento sin vida tras treinta y siete semanas (en el caso de la de contraste) de gestación. Igualmente le fue reconocida a la madre la prestación por maternidad. Y, sin embargo, con estas semejanzas, así como la sentencia recurrida en casación unificadora denegó al padre la prestación por paternidad, por el contrario, la sentencia referencial del TSJ del País Vasco reconoció al padre dicha prestación por paternidad.

TERCERO. La denegación de la prestación por paternidad

1. La sentencia recurrida en casación para la unificación de doctrina, dictada el 30 de enero de 2019 por la Sala de lo Social del TSJ de Aragón, confirma la denegación de la prestación por paternidad solicitada por el recurrente, cuya esposa dio a luz el NUM002 de 2018 una niña que había fallecido (muerte anteparto) el día anterior tras treinta y nueve semanas y tres días de gestación. A la esposa del recurrente sí se le reconoció la prestación de maternidad por resolución del INSS de 26 de junio de 2018.

2. En la redacción entonces vigente, eran causa de suspensión del contrato de trabajo la maternidad (artículo 45.1 a) y 48.4 ET) y la paternidad (artículos 45.1 a) y 48.7 ET), existiendo correlativamente las prestaciones de Seguridad Social por maternidad (artículos 177 a 182 LGSS de 2015) y por paternidad (artículos 183 a 185 LGSS de 2015).

En la actualidad, tras el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación (en adelante, RDL 6/2019), la causa de suspensión es por nacimiento (artículo 45.1 a) ET), que comprende el parto y el cuidado de menor de doce meses, y suspende el contrato de trabajo de la madre biológica durante dieciséis semanas y suspende, igualmente durante dieciséis semanas, el contrato de trabajo del progenitor distinto de la madre biológica (artículo 48.4 ET).

Es relevante destacar que la legislación vigente relaciona expresamente la suspensión del contrato de trabajo de la madre biológica, concretamente las obligatorias seis semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto, con "la protección de la salud de la madre" (redacción vigente del párrafo primero del artículo 48.4 ET). Y relaciona expresamente la suspensión del contrato de trabajo del progenitor distinto de la madre biológica, concretamente asimismo las seis semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto, con "el cumplimiento de los deberes de cuidado previstos en el artículo 68 del Código Civil". Este precepto establece, en lo que aquí importa, que los cónyuges deben compartir las responsabilidades de "atención" a los "descendientes."

Correlativamente a la eliminación de las causas de suspensión del contrato de trabajo por maternidad y por paternidad y su sustitución por la causa de suspensión de nacimiento, el RDL 6/2019 procedió igualmente a sustituir las prestaciones de Seguridad Social por maternidad y por paternidad por la de nacimiento y cuidado de menor, modificando en este sentido el artículo 42.1 c), la rúbrica del capítulo VI del título II y los artículos 177 y siguientes de la LGSS de 2015.

3. Debemos referirnos obligadamente a continuación al Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural (en adelante RD 295/2009).

El recurso de casación denuncia la infracción por parte de la sentencia recurrida de los artículos 8.4 y 26.7 de este RD 295/2009.

En relación con el subsidio de Seguridad Social por maternidad, el artículo 8.4 RD 295/2009 establece que, en el supuesto de fallecimiento del hijo, la duración de la prestación económica no se verá reducida y que esa misma previsión "será de aplicación aun cuando el feto no reúna las condiciones establecidas en el artículo 30 del Código Civil para adquirir la personalidad, siempre que hubiera permanecido en el seno materno durante, al menos, ciento ochenta días", días ampliamente superados en el presente supuesto, en el que se produjeron treinta y nueve semanas y tres días de gestación.

El artículo 8.4 RD 295/2009 es la base normativa que permite que, en supuestos como el que ahora estamos examinando, se reconozca la prestación por maternidad (en la actualidad, por nacimiento y cuidado de hijo de la madre biológica).

Por el contrario, el artículo 26.7 RD 295/2009 establece que no puede reconocerse el subsidio por paternidad si el hijo fallece antes del inicio de la suspensión del contrato de trabajo, añadiendo que, sin embargo, una vez reconocido el subsidio, este no se extinguirá, aunque fallezca el hijo.

El artículo 26.7 RD 295/2009 es la base normativa que permite que, en supuestos como el que ahora estamos examinando, se deniegue la prestación por paternidad (en la actualidad, por nacimiento y cuidado de hijo del progenitor distinto de la madre biológica).

Y es precisamente esta diferencia de tratamiento legal entre la prestación por maternidad y por paternidad la que en el fondo objeta el recurso de casación para la unificación de doctrina, debiendo entenderse así la apelación que genéricamente hace a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres.

4. Estando en juego, en definitiva, el artículo 14 de la Constitución (CE), obligado es atender a la jurisprudencia de quien es su intérprete supremo (artículo 1.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional).

La sentencia del TSJ de Aragón ahora recurrida cita ampliamente, en este sentido, la STC 111/2018, de 17 de octubre, dictada por el Pleno del Tribunal Constitucional. La STC 111/2018 rechazó que la (entonces) diferente duración de las causas de suspensión del contrato por maternidad y por paternidad vulnerara el artículo 14 CE.

Pero lo que ahora interesa subrayar es la diferente finalidad que la STC 111/2018 atribuye a la causa de suspensión por maternidad y a la causa de suspensión por paternidad y a sus correlativas prestaciones de Seguridad Social por maternidad y por paternidad.

Razona así la STC 111/2018 sobre la causa de suspensión y la prestación por maternidad:

"En el supuesto de parto la finalidad primordial perseguida por el legislador le ha llevado a establecer el derecho de la mujer trabajadora a suspender su contrato con reserva de puesto de trabajo durante dieciséis semanas ininterrumpidas, ..., de las cuales al menos seis habrán de ser obligatoriamente disfrutadas después del parto. Igualmente, la correspondiente prestación por maternidad de la seguridad social tiene como finalidad preservar la salud de la mujer ante un hecho biológico singular, considerando que una reincorporación inmediata de la mujer a su puesto de trabajo tras el alumbramiento puede ser perjudicial para su completa recuperación; lo que hace compatible esa protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora con la conservación de sus derechos laborales. Se trata pues de una exigencia, derivada del artículo 39.2 CE, de preservar la salud de la mujer trabajadora durante su embarazo y después de este y, por otra parte, de proteger las particulares relaciones entre la madre y su hijo durante el período de puerperio, como también ha señalado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ... Por eso los compromisos internacionales asumidos por España al ratificar los citados acuerdos y convenios sobre derechos humanos obligan a adoptar las medidas necesarias para que las trabajadoras embarazadas disfruten de un permiso de maternidad, a fin de proteger la salud de la mujer (Convenio OIT núm. 103; art. 10.2 PIDESC); también la normativa de la Unión Europea impone esta obligación (art. 8 de la Directiva 92/85/CEE). Así lo advirtió también este Tribunal, al señalar que "la vulnerabilidad de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, hace necesario un derecho a un permiso de maternidad" (STC 326/2006, FJ 6)."

A subrayar la finalidad que para la STC 111/2018 tiene la prestación por maternidad: "preservar la salud de la mujer ante un hecho biológico singular."

Mientras que la STC 111/2018 razona así sobre la causa de suspensión y la prestación por paternidad:

"Por el contrario, el establecimiento de un permiso por paternidad no viene impuesto hasta la fecha por ninguna norma de Derecho internacional que obligue a nuestro país ni por el Derecho de la Unión Europea".

No está de más advertir que por entonces 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, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo, sin que proceda realizar ahora mayores consideraciones.

Sigue razonando la STC 111/2018 que el permiso por paternidad

"Obedece a una finalidad tuitiva diferente: favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, fomentando la corresponsabilidad de madres y padres en el cuidado de los hijos comunes (art. 39.3 CE). Por tanto, la decisión del legislador, desde luego inobjetable, de reconocer a los hombres el derecho a la suspensión del contrato de trabajo por nacimiento de un hijo, con el correlativo a percibir la prestación por paternidad de la Seguridad Social, tiene una finalidad diferente al supuesto tradicional de suspensión del contrato de trabajo de la mujer trabajadora por parto. No se trata, como es obvio, de proteger la salud del trabajador, sino de contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares en el cuidado de los hijos...

Siendo diferentes las situaciones que se traen a comparación, no puede reputarse como lesiva del derecho a la igualdad ante la ley (art. 14 CE) la diferente duración de los permisos por maternidad o paternidad y de las correspondientes prestaciones de la seguridad social que establece la legislación aplicada en las resoluciones administrativas y judiciales que se impugnan en amparo. La atribución del permiso por maternidad, con la correlativa prestación de la seguridad social, a la mujer trabajadora, con una duración superior a la que se reconoce al padre, no es discriminatoria para el varón. Este Tribunal ya ha tenido ocasión de señalar que la maternidad, el embarazo y el parto son realidades biológicas diferenciadas de obligatoria protección, derivada directamente del artículo 39.2 CE, que se refiere a la protección integral de las madres. Por tanto las ventajas que se determinen para la mujer no pueden considerarse discriminatorias para el hombre (SSTC 109/1993, FJ 4, y 75/2011, FJ 7)."

A subrayar la "diferente" finalidad que para la STC 111/2018 tiene el permiso por paternidad: fomentar "la corresponsabilidad de madres y padres en el cuidado de los hijos comunes (art. 39.3 CE)."

Añade finalmente la STC 111/2018 que

"Cuestión distinta es que el legislador, en el legítimo ejercicio de su libertad de configuración del sistema de seguridad social, apreciando las circunstancias socioeconómicas concurrentes en cada momento a la hora de administrar recursos económicos limitados para atender a un gran número de necesidades sociales (por todas, SSTC 65/1987, de 21 de marzo, FJ 17; 184/1990, de 15 de noviembre, FJ 3, y 75/2011, FJ 7), pueda ampliar la duración del permiso de paternidad, como en efecto lo ha hecho. En la actualidad su duración es de cinco semanas, periodo durante el cual se percibe el correspondiente subsidio de paternidad, hasta llegar incluso, si lo estima oportuno, a la plena equiparación con el permiso y la prestación por maternidad, con el fin de fomentar un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares en el cuidado de los hijos (art.

39.3 CE); sin que ello signifique que la regulación legal precedente y actual, que establece una duración del permiso y la prestación por paternidad inferior a la del permiso y la prestación por maternidad, sea por ello contraria al artículo 14 CE."

5. El razonamiento de la STC 111/2018 es plenamente aplicable al presente supuesto.

Las finalidades, no exclusivas, pero sí primordiales de lo que anteriormente se denominaban suspensión y prestación por maternidad y por paternidad (actualmente por nacimiento y cuidado de

hijo de la madre biológica y del progenitor distinto de ella) son diversas. En el caso de la suspensión y prestación por maternidad se trata de recuperar y proteger la salud de la madre biológica, mientras que en el caso del progenitor distinto de ella se trata de fomentar su corresponsabilidad en el cuidado del hijo. Según se ha mencionado en el apartado 2 del presente fundamento de derecho, son bien elocuentes los términos del vigente artículo 48.4 ET: "la protección de la salud de la madre", en un caso, y, en el otro, "el cumplimiento de los deberes de cuidado previstos en el artículo 68 del Código Civil", que establece que los cónyuges deben compartir las responsabilidades de "atención" a los "descendientes."

Como hemos visto, ya la STC 111/2018 anticipaba estas diferentes finalidades de lo que actualmente se denominan suspensión y prestación por nacimiento y cuidado de hijo de la madre biológica y del progenitor distinto de ella, al menos en las semanas inmediatamente posteriores al parto.

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", como expresiva y sentidamente dice la sentencia recurrida, del nacimiento sin vida ocurrido en el presente supuesto tras treinta y nueve semanas y tres días de gestación.

Y no está obligado a dar el mismo tratamiento porque, así como en estos casos sigue existiendo la necesidad de recuperar y proteger la salud de la madre biológica, deja desgraciadamente de existir la necesidad de que el progenitor distinto a la madre biológica se haga corresponsable de la atención al descendiente. Dejan de existir, lamentablemente, los deberes de cuidado a los descendientes que impone el artículo 68 CC y a los que expresamente se refiere la reacción vigente del artículo 48.4 ET, deberes que emanan, en último término, como expresara la STC 111/2018, del artículo 39.2 CE.

Otra cosa es, como señalara la STC 111/2018, que el legislador, en el legítimo ejercicio de su libertad de configuración del sistema de seguridad social, apreciando las circunstancias socioeconómicas concurrentes en cada momento a la hora de administrar recursos económicos limitados para atender a un gran número de necesidades sociales, pueda establecer que, en estos desgraciadísimos casos, también son posibles la suspensión del contrato y prestación por nacimiento en favor del progenitor distinto de la madre biológica.

Pero ello no significa que la actual regulación sea contraria al artículo 14 CE y a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres.

El recurso enfatiza que el último inciso del artículo 26.7 RD 295/2009 establece que, si bien no puede reconocerse el subsidio por paternidad si el hijo fallece antes del inicio de la suspensión del contrato, dispone igualmente, sin embargo, que, una vez reconocido el subsidio, este no se extingue, aunque fallezca el hijo. Pero de nuevo se trata de una distinción que no es en sí misma contraria al artículo 14 CE (no es lo mismo, en este sentido, no haber reconocido todavía la prestación que ya haberla reconocido), si bien nada impide, como venimos diciendo, que el legislador pueda también reconocer la suspensión y la prestación al progenitor distinto de la madre biológica en condiciones similares a las que se reconocen a esta última, sin que el hecho de que no lo haga convierta la regulación en vulneradora del derecho constitucional mencionado.

CUARTO. La desestimación del recurso de casación para la unificación de doctrina

1. Conforme a lo razonado y de acuerdo con lo informado por el Ministerio Fiscal, procede desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina y confirmar la sentencia recurrida.

2. Sin costas (artículo 235.1 LRJS).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

1. Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por don Pablo Jesús .
2. Confirmar la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón 50/2019, de 30 de enero de 2019 (rec. 819/2018).
3. No efectuar declaración alguna sobre imposición de costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa. Así se acuerda y firma.

VOTO PARTICULAR

que formula la Magistrada Excm. Sra. Doña Rosa María Virolés Piñol, de conformidad con lo establecido en el art. 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, respecto de la sentencia dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina núm.906/2019.

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 906/2019 para sostener la posición mantenida en la deliberación acogiéndome de esta forma a lo dispuesto en los arts. 260 LOPJ y 203 LEC.

Con la mayor consideración y respeto, discrepo del criterio adoptado por la mayoría de la Sala, por cuanto oportunamente se dirá, que en síntesis es la discrepancia a la denegación del permiso por paternidad, por entender que se produce una discriminación respecto al varón atendiendo a las circunstancias del caso que se dirán. Formulo al respecto las siguientes alegaciones:

PRIMERA.- 1.- La cuestión litigiosa queda perfectamente centrada en la sentencia mayoritaria en cuanto señala que:

<< La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina es si el ahora recurrente tiene derecho a la prestación de paternidad, como consecuencia del alumbramiento sin vida a las treinta y nueve semanas y tres días de gestación de la hija que él y su esposa (quien sí percibió íntegramente la prestación de maternidad) esperaban.

La esposa del recurrente en casación unificadora dio a luz el NUM002 de 2018 una niña que había fallecido (muerte anteparto) el día anterior. A la esposa del recurrente se le reconoció la prestación de maternidad por resolución del INSS de 26 de junio de 2018.

El ahora recurrente solicitó la prestación de paternidad, que le fue denegada por resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) de 29 de junio de 2018. >>.

2.- Señala la sentencia ya argumentando sobre la denegación de la prestación por paternidad que:

<< La sentencia recurrida en casación para la unificación de doctrina, dictada el 30 de enero de 2019 por la Sala de lo Social del TSJ de Aragón, confirma la denegación de la prestación por paternidad solicitada por el recurrente, cuya esposa dio a luz el NUM002 de 2018 una niña que había fallecido (muerte anteparto) el día anterior tras treinta y nueve semanas y tres días de gestación. A la esposa del recurrente sí se le reconoció la prestación de maternidad por resolución del INSS de 26 de junio de 2018.

En la redacción entonces vigente, eran causa de suspensión del contrato de trabajo la maternidad (artículo 45.1 a) y 48.4 ET) y la paternidad (artículos 45.1 a) y 48.7 ET), existiendo correlativamente las prestaciones de Seguridad Social por maternidad (artículos 177 a 182 LGSS de 2015) y por paternidad (artículos 183 a 185 LGSS de 2015).

En la actualidad, tras el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación (en adelante, RDL 6/2019), la causa de suspensión es por nacimiento (artículo 45.1 a) ET), que comprende el parto y el cuidado de menor de doce meses, y suspende el contrato de trabajo de la madre biológica durante dieciséis semanas y suspende, igualmente durante dieciséis semanas, el contrato de trabajo del progenitor distinto de la madre biológica (artículo 48.4 ET).

Es relevante destacar que la legislación vigente relaciona expresamente la suspensión del contrato de trabajo de la madre biológica, concretamente las obligatorias seis semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto, con "la protección de la salud de la madre" (redacción vigente del párrafo primero del artículo 48.4 ET). Y relaciona expresamente la suspensión del contrato de trabajo del progenitor distinto de la madre biológica, concretamente asimismo las seis semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto, con "el cumplimiento de los deberes de cuidado previstos en el artículo 68 del Código Civil". Este precepto establece, en lo que aquí importa, que los cónyuges deben compartir las responsabilidades de "atención" a los " descendientes.">>

Sigue señalando la sentencia que << El artículo 8.4 RD 295/2009 es la base normativa que permite que, en supuestos como el que ahora estamos examinando, se reconozca la prestación por maternidad (en la actualidad, por nacimiento y cuidado de hijo de la madre biológica).

Por el contrario, el artículo 26.7 RD 295/2009 establece que no puede reconocerse el subsidio por paternidad si el hijo fallece antes del inicio de la suspensión del contrato de trabajo, añadiendo que, sin embargo, una vez reconocido el subsidio, este no se extinguirá, aunque fallezca el hijo. >>

Finalmente la sentencia mayoritaria, se hace eco de la STC 111/2018 de 17 de octubre, que reproduce parcialmente, para llegar a la conclusión que estamos ante dos situaciones distintas: la maternidad y la paternidad, con finalidades también distintas, lo que entiende justifica la denegación de la prestación en el caso al progenitor distinto de la madre biológica.

Así señala: << Las finalidades, no exclusivas, pero sí primordiales de lo que anteriormente se denominaban suspensión y prestación por maternidad y por paternidad (actualmente por nacimiento y cuidado de hijo de la madre biológica y del progenitor distinto de ella) son diversas. En el caso de la suspensión y prestación por maternidad se trata de recuperar y proteger la salud de la madre biológica, mientras que en el caso del progenitor distinto de ella se trata de fomentar su corresponsabilidad en el cuidado del hijo. Según se ha mencionado en el apartado 2 del presente fundamento de derecho, son bien elocuentes los términos del vigente artículo 48.4 ET: "la protección de la salud de la madre", en un caso, y, en el otro, "el cumplimiento de los deberes de cuidado previstos en el artículo 68 del Código Civil", que establece que los cónyuges deben compartir las responsabilidades de "atención" a los "descendientes."

El legislador, -señala- << no está obligado a dar el mismo tratamiento porque, así como en estos casos sigue existiendo la necesidad de recuperar y proteger la salud de la madre biológica, deja desgraciadamente de existir la necesidad de que el progenitor distinto a la madre biológica se haga corresponsable de la atención al descendiente. Dejan de existir, lamentablemente, los deberes de cuidado a los descendientes que impone el artículo 68 CC y a los que expresamente se refiere la reacción vigente del artículo 48.4 ET, deberes que emanan, en último término, como expresara la STC 111/2018, del artículo 39.2 CE.>>

SEGUNDA.- 1.- Discrepa la que suscribe, con los debidos respetos al voto mayoritario, por cuanto la denegación de la prestación es contraria:

- a) Al derecho de igualdad ante la ley y a no sufrir discriminación por razón de sexo (art. 14 CE);
- b) Al derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral (art. 39 CE);

c) Al art. 18 CE en relación con el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que protegen la vida privada.

La STC 111/2018, en la que se apoya el voto mayoritario, se limita al examen de la vulneración del art. 14 CE denunciada en relación a la duración del periodo de la prestación, descartando el resto de los motivos planteados en el caso (arts. 39, 18 y 24.1 CE), si bien desestima la pretensión y estima que los órganos judiciales se han limitado a aplicar las normas vigentes en la fecha del hecho causante.

Ello no es lo que se plantea en el caso examinado.

Es claro que hasta el 31 de diciembre de 2016, la duración del subsidio de paternidad era, con carácter general, de 13 días y el de maternidad de 16 semanas. A partir del 1 de enero de 2017, y tras la reforma operada por la disposición final 11.^a de la Ley 48/2015, la duración del subsidio de paternidad pasó a ser de 4 semanas; y desde el 5 de julio de 2018, tras la reforma llevada a cabo por la disposición final 38.^a de la Ley 6/2018, se amplió a 5 semanas.

El Tribunal Constitucional estima que "siendo diferentes las situaciones (maternidad y paternidad) que se traen a comparación, no puede reputarse como lesiva del derecho a la igualdad ante la ley (art. 14 CE) la diferente duración de los permisos por maternidad o paternidad y de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social".

No obstante ello, la STC no parte al referirse a la maternidad y a la paternidad de situaciones totalmente diferentes, sino solo en parte, en cuanto que utiliza repetidamente la expresión "finalidad primordial" del descanso y prestación por maternidad, lo cual evidencia que no tiene una única finalidad.

Claramente, la prestación de maternidad comprende una fase en la que el fin principal es el de preservar la salud de la trabajadora, y otra, compartida plenamente con la prestación y descanso por paternidad, de promover la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Si ambas prestaciones comparten tal fin, no tiene razón de ser privar al demandante de la prestación solicitada, teniendo en cuenta que sí se le ha reconocido a la madre. Y sin que a ello obste que atendiendo a las desgraciadas circunstancias del caso, la hija haya nacido fallecida, pues continúan concurriendo iguales circunstancias tanto en la madre como en el padre en esta segunda fase a la que antes me he referido.

Cabe recordar aquí la sentencia del TJUE de 12 de diciembre de 2019, WA c. Instituto Nacional de la Seguridad Social, C-450/18, si bien referida al complemento de maternidad en cuanto declara que "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, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, que establece el derecho a un complemento de pensión para las mujeres que hayan tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias de pensiones contributivas de incapacidad permanente en cualquier régimen del sistema de Seguridad Social nacional, mientras que los hombres que se encuentren en una situación idéntica no tienen derecho a tal complemento de pensión."

Esta doctrina es aplicable al supuesto enjuiciado, en cuanto que tanto la madre como el padre durante un periodo temporal se encuentran en situación idéntica, pero el derecho se reconoce exclusivamente a la madre.

Privar al demandante de la prestación, estimo que vulnera el principio de igualdad y es discriminatorio para el varón, por lo que debió estimarse íntegramente o en parte la pretensión del demandante, por las razones señaladas.

Es en este sentido que formulo el presente voto particular. En Madrid, a 5 de julio de 2022.