

El Pleno de la Sala IV del TS fija como doctrina que el padre no tiene derecho a la prestación por nacimiento en el caso de fallecimiento intrauterino del feto

Acoge la Sala el recurso del Ministerio Fiscal, y, con desestimación de la demanda deducida, deniega al demandante la prestación por paternidad por el nacimiento de su hijo que falleció intrauterinamente con más de 180 días de gestación.

Declara que el art. 48 del ET, los correlativos arts. 177 y 178 y conexos de la LGSS, sobre el derecho al subsidio por nacimiento y cuidado del menor, en la dicción otorgada por el RD-Ley 6/2019, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, y el derecho reglamentario anterior vigente -RD 295/009-, no reconocen el derecho a la suspensión ni, en consecuencia, la prestación por nacimiento y cuidado de menor al padre biológico, en el caso de fallecimiento intrauterino del feto que hubiera permanecido en el seno materno durante más de 180 días.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia 753/2023, de 19 de octubre de 2023

RECURSO DE CASACIÓN Núm: 292/2022

Ponente Excmo. Sr. CONCEPCION ROSARIO URESTE GARCIA

En Madrid, a 19 de octubre de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Ministerio Fiscal, contra la sentencia dictada el 11 de noviembre de 2021 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el recurso de suplicación n.º 3434/2021, interpuesto contra la sentencia de fecha 4 de febrero de 2021, dictada por el Juzgado de lo Social n.º 4 de los de Barcelona en autos núm. 867/2019, seguidos a instancia de D. Jose María contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS).

Se ha personado como parte interesada el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), representado y asistido por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social.

Ha sido ponente la Excmo. Sra. D.ª Concepción Rosario Ureste García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 4 de febrero de 2021 el Juzgado de lo Social n.º 4 de los de Barcelona dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

"1.º El Sr. Jose María presta servicios para la empresa Venus Concept, S.L.. Consta afiliado en el Régimen General de la Seguridad Social (documental).

2º El Sr. Jose María es el padre de una criatura que falleció intrauterinamente el día 9/06/2019, con más de 180 días de gestación (189 días). Al amparo de lo dispuesto en el art. 48.7 del ET se acogió a su derecho de suspensión del contrato de trabajo por paternidad por periodo de ocho semanas con fecha de inicio del descanso desde el 9/06/2019. En fecha 2/07/2019 el actor solicitó al Juez

encargado del Registro Civil de Barcelona que se hiciera constar su condición de padre en el legajo de abortos, petición que fue desestimada por Auto de fecha 3/07/2019 fundamentado en que el Registro Civil sólo puede acreditar la filiación materna en los fallecimientos ocurridos con posterioridad a los seis primeros meses de gestación y antes del nacimiento, no pudiendo acreditar, en ningún caso, la filiación paterna, máxime cuando no está previsto legalmente que el nombre del padre conste en el legajo de abortos.

La madre de la criatura fallecida es la Sra. Teodora quien percibió la prestación por maternidad (documental).

En fecha 2/07/2019 el actor presentó solicitud de prestación por paternidad la cual fue denegada por la Dirección Provincial del INSS mediante resolución de fecha 12/07/2019 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 LGSS y en los artículos 22 y 23 del RD 295/2009, de 6 de marzo. Contra la misma interpuso reclamación previa desestimada por resolución de fecha 14/08/2019 en la que se aduce como motivo de desestimación que de la documentación aportada no se acredita la filiación con el menor y no hay constancia de la inscripción del matrimonio con la gestante en el Registro Civil (expediente administrativo).

3.º En caso de estimación de la demanda, la base reguladora de la prestación es de 2.108,72 euros (documental).".

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

"Que estimando la demanda origen de las presentes actuaciones a instancia de Jose María en frente al Instituto Nacional, la Tesorería General de la Seguridad Social, se reconoce la prestación de paternidad por el nacimiento de una criatura que falleció intrauterinamente el día 9/06/2019 con más de 180 días de gestación y se condene a las demandadas al pago de la prestación junto con los intereses desde la fecha 9/06/2019."

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por el INSS ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, la cual dictó sentencia en fecha 11 de noviembre de 2021, en la que consta el siguiente fallo:

"Que debemos estimar y estimamos parcialmente el recurso de suplicación formulado por el Instituto Nacional de la Seguridad Social frente a la sentencia de fecha 4-2-2021 dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de Barcelona, en los autos 867/2019, revocando parcialmente dicha resolución únicamente respecto a la condena al Instituto Nacional de la Seguridad Social al pago de intereses que queda suprimida, y confirmando el resto de pronunciamientos. Sin costas."

TERCERO.- Por la representación del Ministerio Fiscal se preparó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, ante la misma Sala de suplicación, al amparo de lo dispuesto por el art. 219.3 LRJS, procediéndose a dar el traslado para oír a las partes establecido en el tercer párrafo de dicho precepto legal.

Precluido el anterior trámite, en el que se presentó escrito por parte de la representación del INSS, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal a fin de que procediese a presentar escrito formalizando su recurso.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 28 de febrero de 2023 se admitió a trámite el presente recurso y se dio traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la personada INSS, para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

Presentado en esta fase procesal escrito del INSS al amparo del art. 219.3.3.º, se dio traslado de las actuaciones a la Excm. Sra. Magistrada Ponente quien, una vez instruida, declaró conclusos los autos,

señalándose para votación y fallo el día 5 de julio de 2023, y, dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, de conformidad con el art. 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), se acordó su suspensión para trasladar el debate del asunto al Pleno de la Sala, para lo que se señaló nuevamente para votación y fallo el 18 de octubre de 2023, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Plantea el Ministerio Fiscal en casación unificadora si la redacción del art. 48.4 del Estatuto de los Trabajadores (ET), dada por el Real Decreto Ley 6/2019, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, reconoce el derecho a la suspensión por nacimiento y cuidado del menor al progenitor distinto de la madre biológica, en el caso de fallecimiento intrauterino del feto que hubiera permanecido en el seno materno durante más de 180 días, y por consiguiente el derecho al subsidio por nacimiento y cuidado del menor del art. 178 de la LGSS.

Impugna la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 11/11/21 (RS. 3434/21) que desestimó el recurso de suplicación interpuesto por el INSS y confirmó la resolución de instancia, que había declarado el derecho del actor a percibir la prestación de paternidad por el nacimiento de una criatura que falleció intrauterinamente el día 9.06.2019 con más de 180 días de gestación (189 días), y la madre ha percibido la prestación por maternidad; al amparo del art. 48.7 ET aquél se acogió al derecho de suspensión del contrato de trabajo por paternidad por periodo de ocho semanas con fecha de inicio de descanso el 9.06.2019. En fecha 2.07.2019 presentó solicitud de prestación por paternidad, que le ha sido denegada por no encontrarse en ninguna de las situaciones protegidas, de acuerdo con lo previsto en los arts 183 y 318 y en la disposición adicional primera de la Ley General de la Seguridad Social, y en los arts 22 y 23 del RD 295/2009, de 6 de marzo.

2. La Letrada de la Administración de la Seguridad Social, actuando en nombre y en representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), en fase de impugnación presenta escrito en el que argumenta que el recurso de casación para la unificación de doctrina del Ministerio Fiscal contiene la doctrina correcta en relación con la determinación de si el progenitor distinto de la madre biológica puede acceder a la suspensión de la relación laboral y a la correspondiente prestación económica de la Seguridad Social en caso de fallecimiento intrauterino del feto con más de 180 días de gestación. Tras la correlativa fundamentación, de conformidad con el art. 219 apartado 3, párrafo 3.º LRJS, solicita la alteración de la situación jurídica particular resultante de la sentencia recurrida.

Sobre ese posicionamiento del INSS cabe matizar que hemos asentado como regla general que el impugnante del recurso "solo puede solicitar la confirmación de la sentencia recurrida, pero no su revocación y su sustitución por otro fallo STS 227/2002, de 9 de diciembre y SSTS de 15 de octubre de 2013, Rcd. 1195/2013, de 18 de febrero de 2014, Rcd. 42/2013 y de 16 de diciembre de 2014, Rcd. 263/2013). Por consiguiente, no se podrá utilizar la impugnación del recurso para alterar el fallo de la sentencia, eludiendo la obligación de realizar los depósitos y consignaciones exigidos por los artículos 229 y 230 LRJS a quienes no gozan del beneficio de justicia gratuita." Pero que la situación difiere en el caso de que el recurso de casación hubiere sido formulado por el Ministerio Fiscal "ya que la ley exige que se dé traslado del mismo a las partes, no sólo para que puedan interesar la alteración de la situación jurídica resultante de la sentencia recurrida, sino también, para alegar lo que a su derecho convenga. Y así lo ha hecho la actora y también la demandada, con independencia de que a sus respectivos escritos les hayan denominado de impugnación. En consecuencia, tan legítimo es que la actora interese la desestimación del recurso del Ministerio Fiscal como que la demandada solicite lo contrario."

SEGUNDO.- 1. El recurso se ampara en el art. 219.3 de la LRJS que legitima al Ministerio Fiscal para interponerlo cuando, sin existir doctrina unificada en la materia de que se trate, constate la dificultad de que la cuestión pueda acceder a unificación de doctrina según los requisitos ordinariamente exigidos o cuando las normas cuestionadas por parte de los tribunales del orden social sean de reciente vigencia o aplicación, por llevar menos de cinco años en vigor en el momento de haberse iniciado el proceso en primera instancia, y no existir aún resoluciones suficientes e idóneas sobre todas las cuestiones discutidas que cumplieran los requisitos exigidos en el citado art. 219.1.

El Ministerio Público formula un único motivo porque considera errónea la interpretación del art. 48.4 ET en relación con los arts. 177 y 178 LGSS, en la redacción dada a todos ellos por el RD-Ley 6/2019 y en relación con los arts. 8 y 26.7 del RD 295/2009, dado que en la actualidad el único sustento jurídico para que la madre biológica disfrute de una prestación de la Seguridad Social en caso de fallecimiento intrauterino del feto con un periodo de gestación superior a 180 días es el art. 8 del RD 295/2009, al no haber desarrollado el Gobierno reglamentariamente el RD-Ley 6/2019 en esta materia. Entiende que no existe ningún soporte jurídico para que el padre biológico disfrute de dicha prestación puesto que ni siquiera el RD 295/2009 lo reconocía.

2. La Sala de suplicación, tras analizar la normativa aplicable al caso, considera que la redacción del art. 48.4 ET dimanante del RD-Ley 6/2019, de 1 de marzo, señala ahora, expresamente, que en el supuesto de fallecimiento del hijo o hija, el periodo de suspensión no se verá reducido, sin hacer ninguna distinción entre la madre biológica y el otro progenitor (cuando en la redacción anterior esta previsión se refería solo a la madre), por lo que debe entenderse que alude a ambos progenitores, y ello por la propia finalidad de la reforma introducida por dicho cuerpo normativo, como es la equiparación de mujeres y hombres en materia de acción protectora de la seguridad social. Entiende la Sala que tras la citada reforma se perfila el derecho a la prestación de paternidad, en estos supuestos, por equiparación con la prestación de maternidad.

3. Para una mayor claridad expositiva transcribimos aquí el contenido del precepto del ET objeto de interpretación. Dice el apartado 4 del art. 48 en la redacción otorgada por aquel RD-Ley 6/2019, convalidado por Resolución de 3 de abril de 2019, lo que sigue: "4. El nacimiento, que comprende el parto y el cuidado de menor de doce meses, suspenderá el contrato de trabajo de la madre biológica durante 16 semanas, de las cuales serán obligatorias las seis semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto, que habrán de disfrutarse a jornada completa, para asegurar la protección de la salud de la madre.

El nacimiento suspenderá el contrato de trabajo del progenitor distinto de la madre biológica durante 16 semanas, de las cuales serán obligatorias las seis semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto, que habrán de disfrutarse a jornada completa, para el cumplimiento de los deberes de cuidado previstos en el artículo 68 del Código Civil.

En los casos de parto prematuro y en aquellos en que, por cualquier otra causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, el periodo de suspensión podrá computarse, a instancia de la madre biológica o del otro progenitor, a partir de la fecha del alta hospitalaria. Se excluyen de dicho cómputo las seis semanas posteriores al parto, de suspensión obligatoria del contrato de la madre biológica.

En los casos de parto prematuro con falta de peso y en aquellos otros en que el neonato precise, por alguna condición clínica, hospitalización a continuación del parto, por un periodo superior a siete días, el periodo de suspensión se ampliará en tantos días como el nacido se encuentre hospitalizado, con un máximo de trece semanas adicionales, y en los términos en que reglamentariamente se desarrolle.

En el supuesto de fallecimiento 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.

La suspensión del contrato de cada uno de los progenitores por el cuidado de menor, una vez transcurridas las primeras seis semanas inmediatamente posteriores al parto, podrá distribuirse a voluntad de aquellos, en períodos semanales a disfrutar de forma acumulada o interrumpida y ejercitarse desde la finalización de la suspensión obligatoria posterior al parto hasta que el hijo o la hija cumpla doce meses. No obstante, la madre biológica podrá anticipar su ejercicio hasta cuatro semanas antes de la fecha previsible del parto. El disfrute de cada período semanal o, en su caso, de la acumulación de dichos períodos, deberá comunicarse a la empresa con una antelación mínima de quince días.

Este derecho es individual de la persona trabajadora sin que pueda transferirse su ejercicio al otro progenitor.

La suspensión del contrato de trabajo, transcurridas las primeras seis semanas inmediatamente posteriores al parto, podrá disfrutarse en régimen de jornada completa o de jornada parcial, previo acuerdo entre la empresa y la persona trabajadora, y conforme se determine reglamentariamente.

La persona trabajadora deberá comunicar a la empresa, con una antelación mínima de quince días, el ejercicio de este derecho en los términos establecidos, en su caso, en los convenios colectivos. Cuando los dos progenitores que ejerzan este derecho trabajen para la misma empresa, la dirección empresarial podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones fundadas y objetivas, debidamente motivadas por escrito."

El iter de este apartado 4 tuvo por objeto fijar la duración del periodo de suspensión del contrato de trabajo, tanto para la madre como para el progenitor distinto de la madre biológica. En su primer párrafo comprende el lapso de 16 semanas, su distribución y disfrute por la madre biológica; en el segundo el mismo periodo cuando se tratare del otro progenitor, precisando al efecto el cumplimiento de los deberes de cuidado previstos en el art. 68 del Código Civil. En el párrafo tercero, aludiendo a los dos progenitores, establece la posibilidad de que el cómputo lo sea tras el alta hospitalaria cuando de parto prematuro se trata; en el cuarto, la ampliación del periodo de suspensión en las condiciones que relata, sin citar en este caso ni a la madre ni al otro progenitor. En el cuarto (el ahora concernido), sin tampoco relacionar a los progenitores, traba el lapso suspensivo al establecer, como regla general, que no se verá minorado en el supuesto de fallecimiento del hijo o hija. El párrafo quinto se destina a la distribución del disfrute y necesidad de comunicación con una antelación mínima de 15 días. Y, seguidamente, el precepto reconoce que este derecho es individual de la persona trabajadora sin que pueda transferirse su ejercicio al otro progenitor.

Esa última aseveración corrobora la intención del legislador de que todo el apartado en su conjunto se proyecte sobre ambos progenitores, y no sólo sobre la madre biológica, si bien con las precisiones que va desgranando. El contenido de los dos párrafos que restan del mismo apartado incide en esta interpretación al referirse a la persona trabajadora de forma neutra y a los dos progenitores de manera indistinta.

Por su parte, en el plano de la Seguridad Social, el art. 178 LGSS dispone que serán beneficiarios del subsidio por nacimiento y cuidado del menor todas las personas, cualquiera que sea su sexo, que disfruten de los descansos referidos en el art. 177 anterior, y este artículo establece que se consideran situaciones protegidas los periodos de descanso que se disfruten de acuerdo con lo previsto en el art. 48.4 ET (junto a otros supuestos). La íntima conexión entre ambos planos de protección constituye la cuestión nuclear de la interpretación propuesta por el Ministerio Fiscal a la que hemos de dar respuesta.

4. En el preámbulo del repetido RD-Ley 6/2019 encontramos la voluntad legislativa de equiparar, en sus respectivos ámbitos de aplicación, la duración de los permisos por nacimiento de hijo o hija de ambos progenitores. Así se asevera sin ambages, afirmando que ello responde a la existencia de una clara voluntad y demanda social, que los poderes públicos no podían desatender. Igualmente indica que es una exigencia derivada de los arts. 9.2 y 14 de la Constitución; de los arts. 2 y 3.2 del Tratado de la Unión Europea; y de los arts. 21 y 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. De esta forma narra que se trata de un paso importante en la consecución de la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres, en la promoción de la conciliación de la vida personal y familiar, y en el principio de corresponsabilidad de ambos progenitores, elementos ambos esenciales para el cumplimiento del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres en todos los ámbitos.

La nueva dicción otorgada por este cuerpo normativo sustituye a la vigente con anterioridad, que era del siguiente tenor literal: "En el supuesto de fallecimiento del hijo, el periodo de suspensión no se verá reducido, salvo que, una vez finalizadas las seis semanas de descanso obligatorio, la madre solicitara reincorporarse a su puesto de trabajo." Resulta fácil observar que en la regulación precedente el sujeto titular del periodo de suspensión era la madre, y que, tras la reforma, pasan a serlo ambos progenitores, también para el caso en el que lamentablemente hubiese fallecido el hijo o hija.

Señalaremos también que la Disposición final primera del RD-Ley contempla su Desarrollo reglamentario, estableciendo que el Gobierno, en el plazo de seis meses, deberá dictar cuantas disposiciones sean necesarias para la aplicación y el desarrollo de éste en las materias que sean de su competencia.

5. Nos fijaremos ahora en la última jurisprudencia que guarda conexión con el debate suscitado en el actual litigio.

A la denegación de la prestación de paternidad (denominación anterior) en un supuesto de alumbramiento sin vida a las 39 semanas y tres días nos referimos en STS IV de 5 de julio de 2022 (rcud. 906/2019), Pleno, si bien bajo la premisa de un hecho causante anterior a la reforma referida de 2019. Traeremos, no obstante, a colación varios de sus pasajes que aluden a la antedicha modificación legislativa.

Destaca esa resolución que el cuerpo normativo vigente contempla de manera expresa la suspensión del contrato de trabajo de la madre biológica, concretamente las obligatorias seis semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto, en conexión con "la protección de la salud de la madre" (redacción vigente del párrafo primero del art. 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."

También se analizaba el contenido del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, regulador de 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), en concreto, su

art. 8.4 RD cuando dispuso 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."

Continuamos argumentando que tal precepto "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)."

El siguiente sustrato de análisis se cierce sobre la doctrina constitucional. En concreto de la STC 111/2018, de 17 de octubre, dictada por el Pleno, que rechazó que la (entonces) diferente duración de las causas de suspensión del contrato por maternidad y por paternidad vulnerara el artículo 14 CE. Subrayaba "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."

Y en otro de sus fundamentos refiere que "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)."

Trasladábamos de esta forma esa doctrina concluyendo que "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."

6. Las antedichas previsiones normativas son abordadas con posterioridad, al hilo del complemento de maternidad por aportación demográfica, así en STS de 27 de febrero de 2023 (rcud. 3225/2021), que atiende únicamente a los hijos nacidos con vida en orden al cómputo a efectos del devengo y cuantía del complemento (ex art. 60 LGSS, RD-Leg. 8/2015). En su FD 4.º expresamos que, sin embargo, también sucede que la protección de otras prestaciones de seguridad social abarca o comprende sucesos en los que el feto ha nacido muerto, sin llegar a adquirir personalidad jurídica y sin alcanzar por lo tanto la condición de hijo nacido a efectos legales.

"Destacadamente, así sucede con lo dispuesto en el art. 8.4 de 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.

Dispone este precepto, que no se verá reducida la duración de la prestación económica de maternidad en el supuesto de posterior fallecimiento del hijo tras el parto, 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".

La STS 602/2022, de 5 de julio, rcud. 906/2019, explica que esa previsión tiene como única finalidad la de proteger a la madre biológica tras el parto y pese a que el feto haya nacido muerto, porque aun así sigue existiendo la necesidad de recuperar y salvaguardar su salud, por más que, lamentablemente, dejen de existir los deberes de cuidado de los descendientes.

Esa configuración del alcance de la prestación por maternidad se rige en consecuencia por unos principios y parámetros jurídicos que atienden, única y exclusivamente, a la protección de la salud, no solo física, de la madre que afronta esas adversas circunstancias tras el parto posterior a una gestación no inferior a 180 días, totalmente distintos a los vinculados a la atención, guardia y custodia de los hijos que justifican el complemento de maternidad y necesariamente presuponen su nacimiento con vida.

A la vez que es perfectamente demostrativa del marco al que el legislador ha querido ceñir el reconocimiento de cada una de estas dos distintas prestaciones de seguridad social, incluyendo bajo el paraguas de la cobertura que dispensa la prestación de maternidad los supuestos en los que el hijo nace muerto tras un prolongado periodo de gestación."

TERCERO.- 1. Ciertamente esos parámetros de protección de la salud, no solo física, de la madre que afronta adversas circunstancias tras una gestación no inferior a 180 días, se mantienen en la regulación vigente al momento del hecho causante, al igual que el objetivo de cumplimiento de los deberes de cuidado previstos en el art. 68 del Código Civil cuando se trata de la suspensión del contrato de trabajo del progenitor distinto de la madre biológica por razón del nacimiento del hijo.

No se descarta tampoco la viabilidad de que el legislador pueda, en estos supuestos tan dolorosos, configurar una situación de suspensión del contrato y prestación por nacimiento en favor del progenitor distinto de la madre biológica. Oportunidad ofrecida por la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 -aunque con entrada en vigor posterior al supuesto de autos-, al expresar que los Estados miembros también pueden conceder el permiso de paternidad en caso de muerte fetal.

La normativa interna de cobertura, como ya se ha relatado, aboga por la consecución de la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres, en la promoción de la conciliación de la vida laboral y familiar, y por el principio de corresponsabilidad entre ambos progenitores, a fin de garantizar el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres en todos los ámbitos, que dimana de una exigencia constitucional (arts. 9.2 y 14 CE), pero también, como se acaba de indicar, del Tratado de la UE (arts. 2 y 3.2), de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (arts. 21 y 23) y de la Carta Social Europea (arts. 20 y 27).

2. Sentado lo anterior, debemos adentrarnos en las previsiones del también vigente RD 295/2009, 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. Su normativa vino a desarrollar reglamentariamente las disposiciones de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que había estatuido -modificando el art. 48.4 ET-, para el supuesto de fallecimiento del hijo, que "el período de suspensión no se verá reducido, salvo que, una vez finalizadas las seis semanas de descanso obligatorio, la madre solicitara reincorporarse a su puesto de trabajo.", plasmando los elementos diferentes en las prestaciones de maternidad y paternidad, como puede ser el propio hecho biológico del embarazo y el parto. La LO 3/2007 introdujo así, como causa de suspensión del contrato -para la madre-, el fallecimiento del hijo, incorporando correlativamente como causa para la prestación de maternidad la del fallecimiento del hijo, pues el art. 133 bis protegía

todas las situaciones previstas en el art. 48.4 ET, en paralelo a la suspensión del contrato por paternidad (art. 48 bis ET) y la prestación de paternidad (art. 133 octies LGSS).

El art. 8.4 de aquel RD, ya repetido, determinó la no reducción de la prestación económica, cuando acaeciese la muerte del hijo, con la excepción de que la madre solicitase la reincorporación al puesto de trabajo, y que ello sería aplicable "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." Esta última disposición precisó el alcance de dicho fallecimiento, al expresar que resultaba aplicable a los casos de muerte fetal (siempre que hubiera permanecido en el seno materno durante, al menos, ciento ochenta días).

El escollo esencial lo encontramos en el texto del art. 26 del mismo RD 295/2009, atinente al nacimiento, duración y extinción del derecho al subsidio de paternidad (para el nacimiento y cuidado de menor en la terminología posterior). Principia el precepto fijando el derecho desde el mismo día en que dé comienzo el periodo de suspensión o permiso correspondiente, de acuerdo con las normas en cada caso aplicables, pero en su apartado 7 estatuye que "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.", al igual que lo había excluido el RD 1251/2001.

3. El Ministerio Público y el INSS ponen el acento en la dicción que se acaba de transcribir y en la inexistencia de desarrollo reglamentario del RD-Ley 6/2019, a pesar de que la ya mencionada DF 1.ª preveía que el Gobierno, en el plazo de seis meses, debería dictar cuantas disposiciones fueran necesarias para la aplicación y el desarrollo en las materias de su competencia.

Efectivamente tal deber en esta materia no ha sido cumplimentado, vedando la hermenéutica extensiva que se adopta por la resolución impugnada. Sin dejar de recordar que el legislador puede, en estos supuestos y en línea con la Directiva (UE) 2019/1158, configurar una situación de suspensión del contrato y prestación por nacimiento en favor del progenitor distinto de la madre biológica, pues resulta afectado en la misma medida por el fallecimiento del descendiente común, sin embargo, deviene imprescindible contar con el oportuno sustento reglamentario que desarrolle las modificaciones que se incorporaron en el texto estatutario y en la normativa de seguridad social a este anudadas.

La dicción literal del art. 48.4 ET en la redacción del RD Ley 6/2019 y de los arts. 177 y 178 TRLGSS concernidos en el litigio, resulta insuficiente para alcanzar la conclusión peticionada en demanda, máxime cuando pervive el texto del citado RD 295/2009 que veta el reconocimiento del subsidio (por paternidad) si el hijo o el menor acogido fallecen antes del inicio de la suspensión o permiso (con la salvedad de que una vez reconocido el subsidio, éste no se extinguirá, aunque fallezca el hijo o menor acogido).

Incide en esa insuficiencia el propio tenor del párrafo señalado (*in fine*) de art. 48.4 ET, cuando establece la referencia que sigue: "salvo que, una vez finalizadas las seis semanas de descanso obligatorio, se solicite la reincorporación al puesto de trabajo", pues el inicio de dicho descanso obligatorio se ubica a partir del nacimiento del hijo, sin contemplar ni definir en modo alguno las eventuales situaciones previas a tal nacimiento, así como el que le sigue: "La suspensión del contrato de cada uno de los progenitores por el cuidado de menor, una vez transcurridas las primeras seis semanas inmediatamente posteriores al parto, podrá distribuirse a voluntad de aquellos...", de los que se deduce un lapso siempre posterior al parto.

Por otra parte, el derecho a la suspensión por nacimiento y cuidado del menor del padre biológico, en el caso de fallecimiento intrauterino del feto que hubiera permanecido en el seno materno durante más de 180 días, y, por consiguiente, el derecho al subsidio por nacimiento y cuidado del menor del

art. 178 de la LGSS, tampoco podríamos sustentarlo en el principio de corresponsabilidad, dado el deceso acaecido, ni en el objetivo de conciliación de la vida familiar y laboral. Y, en todo caso, abundando en la interpretación sistemática del cuerpo normativo en liza, se observaría un desigual tratamiento respecto de aquellas situaciones en las que se produce la muerte de un hijo cuando ya han vencido los periodos especialmente protegidos.

Al igual que hemos indicado en precedentes pronunciamientos, desestimar el recurso que examinamos y confirmar la sentencia recurrida implicaría interferir sensiblemente en el orden normativo expuesto dado que estaríamos diseñando una prestación en contra de una norma que la proscribire y que no ha sido derogada. En palabras de la STS de 2 de marzo de 2023, rcud. 3972/2020 "Una intervención de tal calibre dista mucho de lo que la organización constitucional del Estado encomienda a los jueces y tribunales. Su función es la aplicación e interpretación de la norma, pero no la creación del derecho. La intervención en el ordenamiento jurídico que exige una pretensión como la que se sostiene en el presente procedimiento sólo le corresponde al legislador, sin que la misma pueda ser suplida a través de resoluciones judiciales que vayan más allá de sus propias funciones jurisdiccionales, entre las que no se encuentran, desde luego, la modificación del régimen prestacional de la Seguridad Social, ni la modificación de la organización de la suspensión del contrato de trabajo por causas previstas en la ley, a través de la aplicación de criterios interpretativos concretos previstos legalmente que no se circunscriben a la aplicación de la norma en supuestos fácticos que, razonablemente, no parecen claramente delimitados en el ámbito de afectación de la norma interpretada."

CUARTO.- Procederá, por tanto, casar y anular parcialmente la sentencia recurrida, estimando previamente el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Ministerio Fiscal. Cumplimentada la solicitud que dimana del art. 219 apartado 3, párrafo 3.º LRJS, es decir, solicitada la alteración de la situación jurídica particular resultante de la sentencia recurrida, se impone la estimación en su integridad del recurso de suplicación formulado por el INSS (había sido estimado parcialmente por la impugnada a fin de dejar sin efecto los intereses fijados en la instancia), la revocación de la sentencia del juzgado de lo social y la desestimación de la demanda formulada por la parte actora, absolviendo a la parte demandada de los pedimentos deducidos en su contra.

La estimación del recurso del Ministerio Público ha de provocar la publicación en el BOE del fallo en el que fijemos la doctrina a fin de que, a partir de su inserción en él, complemente el ordenamiento jurídico, vinculando en tal concepto a los jueces y tribunales del orden jurisdiccional social diferentes del Tribunal Supremo (STS/4.ª de 28 enero 2013 -rcuds. 812/2012, 814/2012 y 815/2012-). Dicha doctrina es la que sigue: El art. 48.4 ET, los correlativos arts. 177 y 178 y conexos de la LGSS, sobre el derecho al subsidio por nacimiento y cuidado del menor, en la dicción otorgada por el Real Decreto Ley 6/2019, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, y el derecho reglamentario anterior vigente (RD 295/009), no reconocen el derecho a la suspensión ni, en consecuencia, la prestación por nacimiento y cuidado de menor al padre biológico, en el caso de fallecimiento intrauterino del feto que hubiera permanecido en el seno materno durante más de 180 días.

Sin costas.

FALLO

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

Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Ministerio Fiscal, casando y anulando en parte la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de

Justicia de Cataluña el 11 de noviembre de 2021 (rollo 3434/2021), a fin de estimar el recurso de suplicación formulado por el INSS y revocar la sentencia del Juzgado de lo Social n.º 4 de los de Barcelona de fecha 4 de febrero de 2021 (autos 867/2019) desestimando la demanda formulada por D. Jose María sobre prestación de paternidad, absolviendo a la parte demandada (INSS y TGSS) de los pedimentos deducidos en su contra.

Fijar la doctrina que sigue: "El art. 48.4 ET, los correlativos arts. 177 y 178 y conexos de la LGSS, sobre el derecho al subsidio por nacimiento y cuidado del menor, en la dicción otorgada por el Real Decreto Ley 6/2019, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, y el derecho reglamentario anterior vigente (RD 295/009), no reconocen el derecho a la suspensión ni, en consecuencia, la prestación por nacimiento y cuidado de menor al padre biológico, en el caso de fallecimiento intrauterino del feto que hubiera permanecido en el seno materno durante más de 180 días."

Ordenamos la publicación de la precedente doctrina en el BOE y declaramos que, a partir de dicha publicación, complementará el ordenamiento jurídico, vinculando en tal concepto a todos los jueces y tribunales del orden jurisdiccional social diferentes del Tribunal Supremo.

Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.