



Roj: **STSJ CANT 910/2021 - ECLI:ES:Tsjcant:2021:910**

Id Cendoj: **39075340012021100689**

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

Sede: **Santander**

Sección: **1**

Fecha: **10/12/2021**

Nº de Recurso: **783/2021**

Nº de Resolución: **838/2021**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MARIA DE LAS MERCEDES SANCHA SAIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA nº 000838/2021

En Santander, a 10 de diciembre del 2021.

PRESIDENTA

Ilma. Sra. D^a. Mercedes Sancha Saiz (ponente)

MAGISTRADOAS

Ilmo. Sr. D. Rubén López-Tamés Iglesias

Ilma. Sra. D^a. M^a Jesús Fernández García

EN NOMBRE DE SU MAJESTAD EL REY, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria compuesta por los/las Ilmos. /as. Sres./Sras. citados/as al margen ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el recurso de suplicación interpuesto por D. Fulgencio , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 5 de Santander, ha sido Ponente la Ilma. Sra. D^a Mercedes Sancha Saiz, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Según consta en autos se presentó demanda por D. Fulgencio , siendo demandados el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, sobre prestación por cuidado de menor, y en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de referencia en fecha 5 de octubre del 2021 (proc. 600/2020), en los términos que se recogen en su parte dispositiva.

SEGUNDO. - Como hechos probados se declararon los siguientes:

1º.- D. Fulgencio (D.N.I. nº NUM000) y D^a. Gloria son padres de una hija nacida en 2013.

2º.- Tras un nuevo embarazo, y con 39 semanas y 3 días de gestación, en fecha 27-10-19 se produjo la "muerte fetal anteparto, parto", de quien iba a ser su segundo hijo.

3º.- Solicitada por la Sra. Gloria la prestación de maternidad, el INSS procedió a su reconocimiento.

4º.- Solicitada por el Sr. Fulgencio la "prestación por nacimiento y cuidado del menor" paternidad-, la misma fue desestimada, razonando:

"Por no encontrarse en situación protegida por el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, así como en el texto refundido del 48.4 del Estatuto de los Trabajadores, Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.

El descanso está previsto para el cumplimiento de los deberes de cuidado establecidos en el art. 68 del Código Civil ."



5º.- Interpuesta reclamación previa, la misma ha sido desestimada indicando:

En relación con su reclamación previa de fecha 26/02/2020 en materia de prestación por nacimiento y cuidado del menor, en base a los siguientes:

"HECHOS"

1. *Figura de alta en el Régimen General prestando servicios en la empresa " DIRECCION000 .", con código cuenta cotización NUM001 , desde el 23/09/2019 con un contrato indefinido tiempo completo.*
2. *En fecha 26/11/2019, solicita la prestación de nacimiento y cuidado del menor indicando como fecha de inicio de la prestación el 27/10/2019. En dicha solicitud comunica "muerte fetal anteparto", aportando certificado médico.*
3. *Con fecha 26/02/2020 presenta reclamación previa ante la denegación por silencio administrativo.*
4. *Por resolución de 02/06/2020 se deniega su solicitud de prestación de nacimiento y cuidado de menor, por no encontrarse en situación protegida.*
5. *En los casos de fallecimiento del hijo antes de su nacimiento no procede reconocer el derecho a la prestación por nacimiento y cuidado de menor al progenitor distinto de la madre biológica, pues dicho derecho se reconoce "para el cumplimiento de los deberes de cuidado previstos en el artículo 68 del Código Civil ", según señala en su párrafo segundo el artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores .*

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. *Art. 48.4 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre , por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.*
2. *Artículo 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.*
3. *Art. 177 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.*
4. *Artículo 68 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 , por el que se aprueba el Código Civil.*

Esta Dirección Provincial, en uso de sus atribuciones,

RESUELVE

DESESTIMAR su reclamación previa por los motivos anteriormente expuestos."

6º.- Para el supuesto de estimación de la demanda, la base reguladora sería de 116.07 €/día.

TERCERO. - En dicha sentencia se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Desestimar íntegramente la demanda interpuesta por Fulgencio contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, y ratificando la resolución administrativa impugnada, absolver a la demandada de las pretensiones instadas en su contra."

CUARTO. - Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandante, siendo impugnado por la parte contraria, pasándose los autos al Ponente para su examen y resolución por la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - **Controversia y objeto del recurso.**

1. El actor solicitó prestación de nacimiento y cuidado de menor el NUM002 /2019, siendo desestimada por resolución del INSS de 02/06/2020, por no encontrarse en situación protegida. Tras ser desestimada la reclamación administrativa previa en los términos reproducidos en el ordinal quinto, formuló demanda interesando el reconocimiento de la citada prestación. Su esposa alumbró un niño el 27/10/2019, con fallecimiento "fetal anteparto, parto", a las 39 semanas y 3 días de gestación, siéndole reconocida la prestación litigiosa.

2. La sentencia de instancia desestima íntegramente la petición del actor en atención a que, como no hubo nacimiento, no se ha producido la conculcación del art. 14 CE por el reconocimiento de la prestación a la madre, y en que la regulación para la gestante es diferente que la existente para el otro progenitor, atendiendo ambos permisos (maternidad y paternidad) a dos realidades diferentes, con finalidades distintas.



3. Disconforme con dicha resolución judicial recurre el actor en suplicación, por medio de un único motivo, correctamente amparado en el apartado c) del art. 193 de la LRJS.

4. Las Entidades gestoras de la Seguridad Social han formulado escrito de impugnación al recurso, interesando la confirmación de la sentencia recurrida.

SEGUNDO. - Sobre la prestación de nacimiento y cuidado de menor.

1. En cuanto a la posición de las partes, denuncia el recurrente la infracción, por inaplicación, de los artículos 177, 178 y 183 de la Ley General de la Seguridad Social, el artículo 48 del Estatuto de los Trabajadores, los artículos 22 y 26 del RD 295/2009, artículo 14 de la Ley Orgánica 3/2007 de igualdad entre hombres y mujeres, así como los artículos 29 y 30 del Código Civil y el artículo 14 de la Constitución Española. Argumenta el actor, padre de un niño fallecido antes de su nacimiento, que tratándose de un parto "a término", tiene derecho a percibir la prestación. Lo contrario supondría -a su juicio- una vulneración del artículo 14 CE, por cuanto la Administración demandada concedió la misma prestación a la madre, denegándosela al padre, lo cual vulnera el derecho a la igualdad, porque ante un mismo hecho causante, se da una respuesta diametralmente opuesta a un progenitor y a otro.

Por su parte, la Entidad gestora en su escrito, reproduce los argumentos de instancia y rechaza que exista cualquier manifestación de discriminación.

2. Respecto a la normativa de aplicación al caso, a partir del 1 de abril de 2019, las prestaciones por maternidad y paternidad se unifican en una única, denominada "prestación por nacimiento y cuidado del menor", regulada en 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. Dicha regulación es de aplicación al supuesto litigioso al acontecer el hecho causante (muerte fetal anteparto, parto) el 27/10/2019.

El art. 177 LGSS, respecto a las situaciones protegidas, dice: " A efectos de la prestación por nacimiento y cuidado de menor prevista en esta sección, se consideran situaciones protegidas el nacimiento, la adopción, la guarda con fines de adopción y el acogimiento familiar, 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 los períodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en los apartados 4 , 5 y 6 del artículo 48 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores , y en el artículo 49.a) , b) y c) del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público ".

El art. 48.4 del ET que fue redactado nuevamente tras el RDL 6/2019, de 1 de marzo, establece en lo que aquí interesa:

"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 Preámbulo del RDL 6/2019 afirma que se pretende favorecer -con los cambios implementados- la corresponsabilidad de la vida personal, familiar y laboral, quedando prohibido cualquier trato discriminatorio directo o indirecto por razón de sexo, aludiéndose a que, para ello, la norma equipara -de forma progresiva- la duración de los permisos de nacimiento de hijo o hija de ambos progenitores, avanzándose, así, 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 entre ambos progenitores, elementos éstos esenciales para el cumplimiento del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres en todos los ámbitos.

Por su parte, la disposición adicional única del RDL 6/2019, respecto a la "adaptación normativa" señala en su primer párrafo que "Todas las referencias realizadas en textos normativos a las prestaciones y permisos de maternidad y paternidad se entenderán referidas a las nuevas prestaciones y permisos contemplados en este real decreto-ley".

Y la disposición derogatoria única nos dice: "Quedan derogadas cuantas normas de igual o inferior rango se opongan o contradigan lo dispuesto en el presente real decreto-ley".

3. Como se desprende de la nueva norma, la corresponsabilidad en la asunción de las responsabilidades y obligaciones familiares es un pilar fundamental para lograr una verdadera igualdad de género y una de las medidas para conseguirlo es la suspensión del contrato de trabajo por nacimiento de ambos progenitores.

El mismo cambio de denominación, esto es, la sustitución del "permiso de maternidad" y "permiso de paternidad" utilizadas por los textos jurídicos anteriores, y la unificación de ambos en un "permiso por nacimiento", pretende reforzar la corresponsabilidad, eliminando el título por el que se disfrutaba, lo que viene reforzado por el carácter intransferible del nuevo permiso.

4. En caso de fallecimiento del hijo o hija, el párrafo quinto del citado art. 48.4 del ET afirma que "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".

5. En el supuesto en que el hijo nazca muerto, con gestación de más de seis meses, exigencia de gestación prevista en los arts. 8.4 del RD 295/2009, de 6 de marzo, es claro que la madre tiene derecho a la prestación, y así se ha reconocido.

6. La cuestión litigiosa consiste en determinar si el otro progenitor distinto a la madre biológica, como es el actor, tiene derecho a la prestación.

La regulación anterior al actual RDL 6/2019 (art. 26.7 RD 295/2009, de 6 de marzo), no puede justificar la negativa del derecho, como hace la sentencia recurrida, al afirmar que "ambos derechos atienden a dos realidades diferentes, con finalidades distintas". No olvidemos que la nueva normativa redefine las prestaciones "a la luz de los nuevos derechos", en palabras de su Exposición de Motivos.

La redacción vigente del art. 48.4 ET no diferencia en la concesión del derecho a los progenitores.

Al ser la prestación única para ambos progenitores tiene derecho a la misma, de conformidad con el citado precepto estatutario.

Por aplicación del principio de jerarquía normativa debe prevalecer la nueva redacción del art. 48.4 ET y el espíritu y finalidad de la norma que lo introduce (RDL 6/2019) sobre el RD 295/2009; más aún, cuando la nueva redacción no incluye la limitación que se quiere imponer.

Así lo reconoció en su día el apartado 7 del Criterio de Gestión de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS número 13/2019, de 11 de junio de 2019. Si bien, posteriormente, cambió su Criterio de Gestión en el número 10/2020, de 21 de abril de 2020 y consideró que no procedía el reconocimiento



de la prestación al progenitor distinto a la madre biológica, con fundamento en que el art. 26.7 del RD 295/2009, no se opone al art. 48.4 ET, criterio con el que discrepa esta Sala.

7. En definitiva, consideramos que tras la entrada en vigor de la reforma introducida por el RDL 6/2019, no es posible aplicar el art. 26.7 del RD 295/2009. Lo contrario supondría obviar el mayor rango jerárquico del Estatuto y del RDL. Y, al tratarse ahora de derechos individuales e intransferibles, en el supuesto planteado (gestaciones frustradas de más de seis meses) ambos progenitores pueden suspender su contrato de trabajo y acceder a la correlativa prestación en los términos indicados.

8. Difiere este supuesto del analizado por la STSJ de Aragón de 30 enero 2019 (rec. 819/2018), reproducida en la instancia, en atención a que el fallecimiento del hijo del causante tuvo lugar en 2018, antes de la entrada en vigor del RDL 6/2019, siendo distinta la normativa de aplicación.

Así lo apunta la STSJ de Castilla-La Mancha de 2 abril 2019 (rec. 79/2018), aun cuando aplica la normativa anterior, pero en la que se alude al mayor rango reglamentario del ET y del RDL 6/2019, sobre el art. 26 del RD 295/2009.

Por todo ello, procede estimar el recurso y revocar la sentencia de instancia.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Estimamos el recurso de suplicación formulado por D. Fulgencio, frente a la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 5 de Santander de fecha 5 de octubre del 2021 (proc. 600/2020), en virtud de demanda instada por el recurrente, contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, en reclamación de Seguridad Social y, en consecuencia, revocamos la misma, reconociendo al recurrente la prestación por nacimiento y cuidado de menor solicitada, con los efectos económicos correspondientes.

Pásense las actuaciones al Sr. Letrado de la Administración de Justicia para cumplir los deberes de publicidad, notificación y registro de la sentencia.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía de la Comunidad Autónoma.

Medios de impugnación

Se advierte a las partes que contra esta sentencia cabe interponer **recurso de casación para la unificación de doctrina**, que habrá de prepararse mediante escrito, suscrito por Letrado, presentándolo en esta Sala de lo Social de Cantabria, dentro del improrrogable plazo de los **diez días** hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la misma, con tantas copias como partes recurridas, y designando un domicilio en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, a efectos de notificaciones.

Advertencias legales

Si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia y no ostentara la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de Seguridad Social, o no gozase del beneficio de justicia gratuita, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena. Pudiendo sustituir dicha **consignación** en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente que no ostente la condición de trabajador, causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, o se trate del Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales, los Organismos dependientes de todas ellas y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita, deberá acreditar, mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de preparar el recurso, la consignación de un **depósito de 600 euros**.

Los ingresos a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar del siguiente modo:

a) Si se efectúa en una oficina del BANCO DE SANTANDER se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que esta Sala tiene abierta con el nº 3874 0000 66 0783 21.

b) Si se efectúa a través de transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta bancaria (ES55) 0049 3569 92 0005001274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 3874 0000 66 0783 21.



Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales, para su debida ejecución, al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sala.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo/a. Sr/a. Magistrado Ponente que la suscribe, en la sala de audiencia de este Tribunal. Doy fe.

DILIGENCIA.- La pongo yo el/la Letrado/a de la Admón. de Justicia, para hacer constar que en la misma fecha se envía copia de la anterior sentencia, a efectos de notificación a la Fiscalía del Tribunal Superior. Doy fe.

OTRA.- Para hacer constar que en el mismo día de su fecha se incluye el original de la precedente resolución, una vez publicado, en el libro de sentencias de esta Sala de lo Social, poniendo en la pieza del recurso y en los autos certificación literal de la misma. Seguidamente se notifica en la oficina judicial a las partes que comparecen y TELEMATICAMENTE a el LETRADO DON. JESÚS I. MACIAS DE BARRIO, LETRADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL y MINISTERIO FISCAL, copia de la sentencia dictada, de conformidad con lo establecido en los artículos 56 y siguientes de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. Doy fe.

De conformidad con lo dispuesto por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, los datos contenidos en la presente resolución solamente podrán ser tratados con la finalidad de su notificación y ejecución, así como de tramitación del procedimiento en que se ha dictado. El órgano judicial es el responsable del tratamiento y el Consejo General del Poder Judicial la autoridad de control en materia de protección de datos de naturaleza personal contenidos en ficheros jurisdiccionales.