

¿Es posible hablar de corresponsabilidad en el supuesto de fallecimiento prematuro del hijo? La equiparación de los permisos por nacimiento y cuidado del menor

María Alexandra Díaz Mordillo

*Cuerpo Superior de Técnicos de la Administración de la Seguridad Social.
Instituto Nacional de la Seguridad Social. Cáceres (España)*
maria-alexandra.diaz@seg-social.es | <https://orcid.org/0000-0001-8619-3592>

Extracto

El nacimiento y cuidado de los hijos o menores a cargo es una de las principales preocupaciones de los países modernos que aspiran a diseñar políticas públicas que permitan dar una respuesta adecuada a los problemas de conciliación entre la vida familiar y laboral. La incorporación masiva de la mujer al mercado de trabajo no ha venido acompañada de un reparto equilibrado de tareas domésticas, situación que provoca desigualdad.

Los permisos por nacimiento y cuidado del menor vigentes en España desde el año 2019 han conseguido equiparar los derechos de ambos progenitores, fomentando el ejercicio de una corresponsabilidad efectiva, pero arrastrando ciertas deficiencias que ponen en duda una parte de su eficacia.

En el caso de fallecimiento prematuro del hijo, no se otorga el mismo tratamiento a la madre biológica que al otro progenitor, situación que nos lleva a preguntar si realmente esta diferencia está justificada al amparo de la nueva normativa reguladora de los permisos por nacimiento o no. A través del análisis de la normativa nacional e internacional y la diferente jurisprudencia en la materia, se identificarán tanto puntos débiles como posibles medidas correctoras.

Palabras clave: familia; acción protectora; protección social; maternidad; paternidad; corresponsabilidad; nacimiento; fallecimiento prematuro del hijo.

Recibido: 17-10-2023 / Revisado: 14-02-2024 / Aceptado: 16-02-2024 / Publicado: 06-09-2024

Cómo citar: Díaz Mordillo, M. A. (2024). ¿Es posible hablar de corresponsabilidad en el supuesto de fallecimiento prematuro del hijo? La equiparación de los permisos por nacimiento y cuidado del menor. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 482, 123-146. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.19671>



Is it possible to speak of co-responsibility in the event of the premature death of the child? The equalization of birth and child care leave

María Alexandra Díaz Mordillo

Senior Technical Corps of the Social Security Administration.

National Social Security Institute. Cáceres (Spain)

maria-alexandra.diaz@seg-social.es | <https://orcid.org/0000-0001-8619-3592>

Abstract

The birth and care of children or dependent minors is one of the main concerns of modern countries that aspire to design public policies that provide an adequate response to the problems of reconciling family and work life. The massive incorporation of women into the labor market has not been accompanied by a balanced distribution of domestic tasks, a situation that causes inequality.

The birth and child care permits in force in Spain since 2019 have managed to equate the rights of both parents, promoting the exercise of effective co-responsibility, but carrying certain deficiencies that call into question some of their effectiveness.

In the case of premature death of the child, the same treatment is not granted to the biological mother as to the other parent, a situation that leads us to ask if this difference is really justified under the new regulations regulating birth permits or not. Through the analysis of national and international regulations and the different jurisprudence on the matter, both weak points and possible corrective measures will be identified.

Keywords: family; protective action; social protection; maternity; paternity; co-responsibility; birth; premature death of child.

Received: 17-10-2023 / Revised: 14-02-2024 / Accepted: 16-02-2024 / Published: 06-09-2024

Citation: Díaz Mordillo, M. A. (2024). Is it possible to speak of co-responsibility in the event of the premature death of the child? The equalization of birth and child care leave. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 482, 123-146. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.19671>



Sumario

1. Los permisos por nacimiento en España
 - 1.1. La maternidad biológica como punto de partida
 - 1.2. Evolución del permiso de paternidad
 2. El fallecimiento prematuro del hijo
 - 2.1. El fallecimiento prematuro del hijo antes de 2019
 - 2.2. El fallecimiento prematuro del hijo en los nuevos permisos por nacimiento y cuidado del menor
 - 2.3. Hijos fallecidos en otras prestaciones de Seguridad Social
 3. Las sentencias
 - 3.1. Sentencias a favor de la aplicación estricta del artículo 26.7 del RD 295/2009, de 6 de marzo
 - 3.2. Sentencias contrarias a la aplicación estricta del artículo 26.7 del RD 295/2009, de 6 de marzo
 4. Conclusiones
- Referencias bibliográficas



1. Los permisos por nacimiento en España

Los modernos permisos por nacimiento y cuidado del menor tienen como punto de partida la incorporación masiva de la mujer al mercado de trabajo y la búsqueda incesante del reparto de obligaciones. La corresponsabilidad o responsabilidad compartida supone la distribución equilibrada y equitativa de la organización y realización de tareas domésticas, cuidado de menores, de personas dependientes y del trabajo remunerado, abarcando, por tanto, todas las esferas públicas y privadas de la vida familiar.

La participación de la mujer en el mundo laboral no ha tenido un reflejo equilibrado en materia de corresponsabilidad, existiendo aún desigualdades evidentes en el reparto de las tareas domésticas. Esta división desproporcionada se traduce en la existencia de una brecha de género laboral y salarial que repercutirá directamente en el importe de la pensión de jubilación futura. A modo de ejemplo, durante el confinamiento de 2020, un 56 % de mujeres tuvieron que asumir nuevas responsabilidades respecto a sus hijos e hijas y un 45 % adquirieron más obligaciones en casa sin dejar su empleo o reducir su jornada laboral. Estos problemas se complican en los hogares monoparentales encabezados por una mujer (Cruz Roja, 2021).

El nacimiento y cuidado de los hijos o menores a cargo es una de las principales preocupaciones de los Estados modernos que aspiran a diseñar políticas públicas que permitan dar respuesta a tales situaciones, aunque bajo la influencia de la tradición histórica y cultural de cada país. La relación entre maternidad y absentismo laboral sigue estando presente en la mentalidad del mundo empresarial (Gorelli Hernández, 2019, p. 70), por tanto, no será posible garantizar la integración laboral femenina en condiciones de igualdad con el varón si este no participa del reparto equilibrado de las responsabilidades familiares. En España, la propia Constitución legitima la creación de permisos que permitan hacer efectiva esta igualdad (Pérez Guardo y Serrano Serrano, 2013).

1.1. La maternidad biológica como punto de partida

La necesidad de proteger la salud de la mujer trabajadora durante el parto y el puerperio ocasionó el nacimiento de prestaciones de maternidad desde el inicio del estado de bienestar (Fernández-Peinado Martínez, 2013, p. 21), no siendo la situación del varón objeto de protección hasta tiempo después.

Las primeras normas españolas que tratan la maternidad se diseñan bajo la clara intención de proteger a los grupos de trabajadores considerados más débiles: mujeres y menores. Aquí podemos situar la Ley de 13 de marzo de 1900 (condiciones de trabajo de las mujeres y los niños) y su Reglamento de aplicación, de 13 de noviembre de ese mismo año, así como la Ley de 8 de enero de 1907, de reforma de la anterior, que mejora la acción protectora de sus predecesoras y sitúa a nuestro país entre los más avanzados en la materia.

En 1929, las trabajadoras acogidas al retiro obrero quedaban amparadas por un seguro de maternidad obligatorio que les prestaba asistencia médica y económica, fruto del desarrollo del subsidio por maternidad aprobado en 1923, siendo así el primer seguro de salud aprobado en España (Martínez Moreno, 2009). Con la Ley de 14 de diciembre de 1942, por la que se crea el seguro obligatorio de enfermedad, se asimila la maternidad a la enfermedad y no será hasta 1994 cuando se abandone este concepto.

En estos primeros momentos, el varón tenía un papel secundario: acompañar a la mujer en el momento del alumbramiento, pues se presuponía que sería la esposa la encargada del cuidado del recién nacido, bien por no estar empleada, bien por verse obligada a renunciar a su puesto de trabajo. Estos primeros permisos paternos se incluían dentro la regulación laboral¹, no teniendo su reflejo en la esfera prestacional. La mujer cumplía una función reproductiva y de soporte familiar, mientras que al hombre se le encomendaba una función productiva, convirtiéndose en el sostén económico de la familia (Tortuero Plaza, 2006).

La Ley 16/1976, de 8 de abril, de relaciones laborales, otorga a la madre trabajadora un periodo de descanso laboral de 6 semanas antes del parto y 8 después de este. En total 14 semanas de suspensión del contrato de trabajo. Con la Ley 3/1989, de 3 de marzo, por la que se amplía a 16 semanas el permiso por maternidad y se establecen medidas para favorecer la igualdad de trato de la mujer en el trabajo, se amplía a 16 semanas (incrementándose en 2 semanas más en caso de parto múltiple) y se establecen medidas para favorecer la igualdad de trato de la mujer en el trabajo. Se reconoce así por primera vez en España el derecho del padre a disfrutar de una parte determinada (hasta un máximo de 10 semanas de las 16) del permiso por maternidad a voluntad de la madre. Se trata, por tanto, de un derecho derivado, condicionado a la decisión de otra persona y con una serie de limitaciones: la madre debía causar derecho para poder cederlo, por lo que únicamente podrían hacerlo las madres trabajadoras, no afectaría al periodo de suspensión obligatorio de 6 semanas y la opción debía realizarse al inicio del periodo de descanso de la madre para garantizar la organización de las empresas.

¹ Permiso de 1 día en caso de hijo nacido en el seno de un matrimonio del artículo 67 del Decreto de 26 de enero de 1944, por el que se aprueba el texto refundido del libro I de la Ley de contrato de trabajo, o permiso de 2 días (3 días con desplazamiento) del artículo 25.3 b) de la Ley 16/1976, de 8 de abril, de relaciones laborales. A partir del Estatuto de los Trabajadores de 1980 (Ley 8/1980, de 10 de marzo), el permiso puede disfrutarse en caso de paternidad biológica, exista matrimonio o no. Se cambia el concepto «alumbramiento de la esposa» por el de «nacimiento de hijo».

Esta legislación española es heredera directa de las diferentes directivas europeas y los compromisos internacionales suscritos por el Estado español y sus obligaciones, especialmente en el marco de las Naciones Unidas² y la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

En torno a los años setenta del pasado siglo, la OIT comienza a poner el foco en los permisos por nacimiento dentro de sus planes de igualdad y no discriminación (Ballester Pastor, 2015, p. 75), instando a los países a revisar sus políticas públicas con el fin de invertir los roles tradicionales del hombre y la mujer en el ámbito familiar³.

Todos los países de la Unión Europea han legislado sobre permisos de nacimiento, aunque presentan características muy diferentes entre sí (De la Corte Rodríguez, 2012). El artículo 8 de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que ha dado a luz o en un periodo de lactancia, garantizaba un permiso de 14 semanas ininterrumpidas a disfrutar antes o después del parto para conseguir la recuperación física y psicológica de la madre⁴.

De nuevo en España, la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, unifica la incapacidad laboral transitoria y la invalidez provisional en una única prestación por incapacidad temporal, al tiempo que configura la maternidad como una contingencia específica desligada de las anteriores⁵. Se deja a un lado el carácter únicamente sanitario de la prestación para abarcar otras finalidades como la estabilidad en el empleo o la protección del menor en situaciones tales como el acogimiento o la adopción. Con el paso del tiempo, el subsidio ha tenido que ir adaptándose a diferentes cambios sociales, teniendo en cuenta la proliferación de nuevos modelos familiares (Sánchez-Urán Azaña, 2021, p. 465).

En esa época, la necesidad de conciliar el trabajo y la vida familiar ya había sido planteada a nivel internacional y comunitario como una condición vinculada a nuevas realidades

² El 18 de diciembre de 1979, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que entró en vigor como tratado internacional el 3 de septiembre de 1981 tras su ratificación por 20 países. A fecha de 2015, la convención ha sido ratificada por 187 países.

³ El primer Convenio de la OIT que protege la maternidad es el número 3, de 1919, en el que se fijan como de descanso obligatorio las 6 semanas posteriores al parto. Después, el Convenio número 103, de 1952, incrementa el descanso hasta las 12 semanas, aunque los países podrán establecer un periodo superior. Destacan, además, el Convenio 156, de 1981, sobre responsabilidades familiares y el Convenio 183, de 2000, que extiende la protección maternal también a las formas atípicas de trabajo.

⁴ Como ejemplo, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 19 de septiembre de 2013, asunto C-5/12, Betriu Montull.

⁵ Cabe destacar que la Ley orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, ha vuelto a ligar el embarazo con la incapacidad temporal, creando dos situaciones especiales por contingencias comunes para aquellos supuestos de interrupción, voluntaria o no, del embarazo y la gestación de la mujer trabajadora desde el día primero de la semana 39.^a

sociales. En la IV Conferencia Mundial sobre las Mujeres, celebrada en Pekín, en septiembre de 1995, se había considerado como objetivo estratégico fomentar la armonización de responsabilidades laborales y familiares entre hombres y mujeres, comprometiéndose los países asistentes, entre ellos España, a hacer posible esta realidad dentro de su ámbito competencial. Surge así la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras⁶, que permite, además de la cesión de 10 semanas al padre (tanto si la madre trabaja como si fallece), que ambos puedan disfrutar de los permisos de manera simultánea, y sin realizar diferenciación por razón de sexo, avanzando así hacia una regulación más justa (Panizo Robles, 2002, p. 23). Esta posibilidad era independiente del permiso retribuido de 2 días por nacimiento, contemplado en el Estatuto de los Trabajadores⁷, que se limitaba a los casos de nacimiento⁸, estaba remunerado por la empresa y era poco flexible, pues se computaba exclusivamente en días naturales. Este permiso permitía al padre acompañar a la madre durante los días posteriores al nacimiento, pero no posibilitaba la corresponsabilidad, repitiendo, irremediablemente, los roles de género tradicionalmente establecidos.

La jurisprudencia reconocía entonces la diferente naturaleza que tenían el permiso por maternidad biológica con respecto a otros permisos parentales y derechos de conciliación laboral en el ordenamiento jurídico español. Podía considerarse que no existía discriminación en el hecho de que la legislación española otorgase la titularidad del permiso a la madre, de manera que, si no trabajaba o no reunía los requisitos necesarios, el padre no tendría derecho alguno (Velasco Portero, 2013).

1.2. Evolución del permiso de paternidad

Con la llegada del nuevo siglo, el principio de igualdad y no discriminación entre hombres y mujeres siguió siendo prioritario en la normativa comunitaria. La Directiva 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación profesional y a las condiciones de trabajo⁹, y la Directiva 2004/113/CE, sobre aplicación del principio

⁶ Cabe señalar también la Ley 39/1995, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, que, entre otras cosas, declara nulo el despido vinculado a situaciones relacionadas con el embarazo, adopción o acogimiento y modifica el Estatuto de los Trabajadores convirtiendo en intransferibles los permisos por nacimiento.

⁷ Artículo 37.3 b) del Real Decreto legislativo (RDleg.) 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, hoy derogado.

⁸ Los supuestos de adopción o acogimiento se tenían en cuenta, únicamente, si se contemplaban en el convenio colectivo.

⁹ Sobre condiciones laborales, la Directiva 96/34/CE, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso paternal, en su versión modificada por la Directiva 97/75/CE, de 15 de diciembre de 1997.

de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro, facilitan la publicación de la primera ley española específica en materia de igualdad. La Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, inicia una corriente reformista en materia de equidad entre ambos sexos que ha permitido la incorporación de nuevos derechos sociales en el ámbito de la Seguridad Social.

Esta ley nace con el objeto de hacer efectivo el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular, mediante la eliminación de toda discriminación directa o indirecta de las mujeres. Para ello, y con el fin de fomentar la conciliación de la vida personal y laboral, su disposición adicional decimoctava. Siete incluyó el permiso de paternidad con una duración inicial de 13 días, ampliable en caso de parto múltiple en 2 días más por cada hijo o hija a partir del segundo, no siendo acumulable a la maternidad en los casos de familia monoparental. La disposición adicional sexta de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 2009, amplía la prestación hasta 20 días naturales ininterrumpidos, cualquiera que fuera la legislación aplicable, cuando el nuevo nacimiento, adopción o acogimiento se produjera en una familia numerosa, cuando la familia hubiera adquirido dicha condición con el nuevo nacimiento, adopción o acogimiento, o cuando en la familia existiera previamente una persona con discapacidad, en un grado igual o superior al 33 %. La ampliación era única, sin que fuera posible su acumulación en caso de concurrir al menos dos de las circunstancias mencionadas.

La prestación de paternidad era compatible con el permiso retribuido de 2 días, a cargo de la empresa, previsto en el artículo 37.3 b) del Estatuto de los Trabajadores, ya que protegen derechos diferentes: el permiso retribuido fomenta el acompañamiento de la madre en el parto y la prestación de paternidad se utiliza como medida para fomentar la corresponsabilidad.

Tiempo después, la Ley 9/2009, de 6 de octubre, de ampliación de la duración del permiso de paternidad, determinó la suspensión del contrato en 4 semanas, aunque no entró en vigor hasta el 1 de enero de 2017, tras sucesivos aplazamientos¹⁰. A partir del 5 de julio de 2018¹¹, la duración pasó a ser de 5 semanas.

¹⁰ La crisis económica retrasó la entrada en vigor de la ampliación del permiso, considerándose así que la corresponsabilidad tenía un carácter secundario: la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2011, retrasaba su entrada en vigor al 1 de enero de 2012; el Real Decreto-Ley (RDL) 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público, que retrasaba su entrada en vigor al 1 de enero de 2013; la Ley 2/2012, de 29 de junio, de presupuestos generales del Estado para el año 2012, que retrasaba su entrada en vigor al 1 de enero de 2013; la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2013, que retrasaba su entrada en vigor al 1 de enero de 2014; la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2014, que retrasaba su entrada en vigor al 1 de enero de 2015; y la Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2015, que retrasaba su entrada en vigor al 2 de enero de 2016.

¹¹ Ley 6/2018, de 3 de julio, de presupuestos generales del Estado para el año 2018.

Quedaban así reguladas la maternidad y la paternidad en el título II, capítulo VI, del RDleg. 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social (LGSS) y su posterior desarrollo reglamentario recogido en el Real Decreto (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.

Finalmente, el RDL 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantizar la igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres, equipara los permisos para ambos progenitores con el fin de ejercer una corresponsabilidad efectiva y real (Lousada Arochena, 2019, p. 74; Pastor Martínez, 2019, p. 187). La prestación pasa a tener una única denominación, permiso por nacimiento y cuidado de menor, extendiéndose la protección a diferentes modelos familiares e igualando su duración en el tiempo (Aragón Gómez, 2019).

Esta necesidad nace de la existencia de una profunda demanda social (López Anierte, 2018) y de la exigencia derivada de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución española; de los artículos 2 y 3.2 del Tratado de la Unión Europea; y de los artículos 21 y 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea para garantizar la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres (Cabero Morán, 2019; López Rodríguez, 2021) y las posibilidades de conciliación de la vida personal y familiar (Barrios Baudor, 2020, p. 2). El nuevo permiso por nacimiento viene determinado por la Directiva 2019/1158/UE, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y profesional de los progenitores y cuidadores, derogatoria de la Directiva 2010/18/UE.

La Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa al principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de ocupación y empleo, incluía en su artículo 16 el permiso de paternidad, reconociendo que el padre podría disponer de un tiempo para el cuidado del menor nacido a partir del parto o de la resolución judicial correspondiente, en los casos de acogimiento o adopción.

La Directiva 2019/1158/UE, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, deroga la Directiva 2010/18/UE¹², que regulaba la existencia del permiso paternal de, al menos, 4 meses como herramienta para favorecer la corresponsabilidad (Núñez-Cortés Contreras, 2011), y mantiene la idea del

¹² Cuya precursora fue la Directiva europea 96/34/CE, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso paternal, que fue el origen de la posibilidad en el ordenamiento jurídico español que hasta 10 de las 16 semanas de la baja maternal pudieran cederse al padre. La Directiva de 2010 fue la primera en establecer permisos diferenciados para ambos progenitores. Como ya se ha señalado, España ha traspuesto otras directivas en la materia: la Directiva 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación profesional y a las condiciones de trabajo (sustituidas en la actualidad por la Directiva 2006/54/CE), o la Directiva 2004/113/CE, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro.

permiso individual e intransferible. Sin embargo, deja en manos de cada Estado la regulación específica de los beneficios y su forma de aplicación. Esto ha ocasionado que, en la actualidad, los permisos de paternidad presenten notables diferencias en cada país, sobre todo en su naturaleza, titularidad, remuneración (Jover Ramírez, 2021), agente remunerador, grado de individualidad, obligatoriedad, duración¹³, derechos sociales asociados o flexibilidad.

Los Reglamentos 988/2009, de 16 de septiembre, y 987/2009, de 16 de septiembre¹⁴, incluyen en el campo de aplicación material europeo la prestación de paternidad con efectos del 1 de mayo de 2010. Así, de acuerdo con el artículo 3.1 b) del Reglamento 883/2004, las prestaciones de maternidad y de paternidad se encuentran dentro del campo de aplicación material de los reglamentos y se caracterizan por tratarse bien de prestaciones en metálico, bien por ser prestaciones en especie. Por tanto, salvo disposición en contrario del anexo XI, esta garantía será de aplicación a todos los regímenes de Seguridad Social, contributivos y no contributivos¹⁵. Serán aplicables, por tanto, los principios de exportación y totalización de periodos de seguro acreditados en la Unión Europea, Estados parte del Espacio Económico Europeo y Suiza, aunque cada prestación será abonada a cargo de un único país.

Con la llegada en 2017 del Pilar europeo de derechos sociales, los Estados miembros se han comprometido a seguir afianzando las medidas que permitan una igualdad efectiva entre hombres y mujeres, permitiendo el reparto equilibrado de responsabilidades familiares como instrumento para conseguir una Europa social fuerte, justa, inclusiva y llena de oportunidades¹⁶.

En nuestro país, la equiparación del descanso se ha llevado a cabo de forma progresiva hasta culminar en 2021¹⁷ con un permiso independiente de 16 semanas para cada progenitor en caso de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o, en su caso, acogimiento familiar, de conformidad con el Código Civil (CC) o las leyes civiles de las comunidades autónomas que lo regulen, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a 1 año, durante los periodos de descanso que por tales situaciones se disfruten. El derecho comprende la suspensión contractual fijada en el artículo 48 del RDleg. 2/2015¹⁸, de 23 de

¹³ Duración de las prestaciones por maternidad y paternidad en los países de la OCDE. <https://www.epdata.es/duracion-prestaciones-maternidad-paternidad-paises-ocde/3767a979-5feb-4bc8-ae0f-b1d70591d4a>

¹⁴ Que modificaron el Reglamento 883/2004.

¹⁵ STJUE de 19 de marzo de 2015, asunto C-266/13, Kik y Staatssecretaris van Financiën.

¹⁶ https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/economy-works-people/jobs-growth-and-investment/european-pillar-social-rights_es

¹⁷ Disposición transitoria decimotercera del Estatuto de los Trabajadores que fijaba una aplicación progresiva de este precepto, diferente para los años 2019, 2020 y 2021.

¹⁸ La equivalencia en el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) se encuentra en su artículo 49, letras a), b) y c).

octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET)¹⁹. También la prestación económica recogida en los artículos 177 y siguientes de la LGSS, destinada a paliar la ausencia de salario durante dicha suspensión. Queda derogado el permiso por nacimiento de hijo previsto en el artículo 37.3 b) del ET.

Ambos progenitores, siempre que reúnan individualmente los requisitos establecidos, tienen derecho a suspender su contrato de trabajo durante 16 semanas, siendo las primeras de disfrute obligatorio e ininterrumpido, que deben iniciar inmediatamente después del parto o de la resolución correspondiente. Este periodo obligatorio se tomará a tiempo completo y estará destinado a la protección de la salud tras el parto, en el caso de la madre biológica, y la asunción de los deberes de cuidado previstos en el artículo 68 del CC²⁰, cuando se trate del otro progenitor. Estos deberes contemplan la obligación de compartir responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes, así como al resto de personas dependientes a cargo (Gala Durán, 2019). El resto de los periodos podrán disfrutarse hasta el cumplimiento de los 12 meses del hijo o hija, debiendo comunicar a la empresa cada periodo, semanal o acumulado, con la suficiente antelación.

La norma relaciona expresamente la suspensión del contrato de trabajo de la madre biológica con la protección a su propia salud después de un hecho evidentemente biológico, como es el parto. También relaciona expresamente el descanso del progenitor diferente de la madre biológica con el cumplimiento de deberes de cuidado según el CC, siendo de vital importancia el hecho de que ambos progenitores deban compartir responsabilidades de atención a los descendientes²¹. Ambos derechos son individuales e independientes (Cavas Martínez, 2022), sin que pueda transferirse su ejercicio al otro progenitor (Ballester Pastor, 2021). Mediante esta cualidad de no transferencia entre progenitores, el legislador pone de manifiesto que la función principal del permiso es la corresponsabilidad y no el cuidado del menor (Gorelli Hernández, 2019), ya que, si así fuera, nada impediría que pudiera disfrutarlo la madre en su totalidad (Ballester Pastor, 2019, p. 27). Esta circunstancia también justifica el cambio de nomenclatura (Blasco Lahoz, 2020).

2. El fallecimiento prematuro del hijo

A pesar de los avances en materia de igualdad y corresponsabilidad, cuando el hijo fallece de forma prematura, la normativa española sigue estableciendo condiciones diferentes dependiendo de si el beneficiario es la madre biológica o el progenitor diferente de ella.

¹⁹ Queda eliminado el permiso retribuido de 2 días por nacimiento de hijo del artículo 37.3 b) del ET. Sin embargo, esta licencia podrá existir si así lo dispone el convenio colectivo aplicable.

²⁰ RD de 24 de julio de 1889 por el que se publica el CC.

²¹ Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 3013/2022, de 5 de julio.

2.1. El fallecimiento prematuro del hijo antes de 2019

El 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, establece en su artículo 8.4 que, en caso del fallecimiento del hijo, la prestación de maternidad no se verá reducida, siendo esta misma previsión de aplicación aun cuando el feto no reúna las condiciones establecidas en el artículo 30 del CC para adquirir la personalidad, siempre que hubiera permanecido en el seno materno durante, al menos, 180 días.

Si se atiende a la literalidad de la expresión «nacimiento de hijo» como finalidad, cabría entender que la suspensión del contrato únicamente podría producirse en los supuestos de embarazos llevados a término (Moreno Gené, 2018). Antes de que la disposición final tercera de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, modificara el artículo 30 del CC, se exigía que el feto viviera, al menos, 24 horas desprendido completamente del seno materno y presentara figura humana. A partir de la modificación, únicamente se exige el entero desprendimiento del seno materno, lo que permite fijar el hecho causante de la prestación en el propio momento del nacimiento.

Por su parte, el artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores²² preveía que, en caso de fallecimiento del hijo, el periodo de suspensión no se verá reducido, salvo que, una vez finalizadas las 6 semanas de descanso obligatorio, la madre quisiera reincorporarse a su puesto de trabajo. Pudiera parecer que no existe motivo para mantener el descanso y el derecho a la prestación más allá del tiempo necesario para la recuperación física de la madre y que los deberes de cuidado del hijo que justifican el descanso durante las 10 semanas restantes han desaparecido (López Gandía, 2009, p. 166; Rodríguez Escanciano, 2008, pp. 144 y ss.), sin embargo, la finalidad perseguida no es otra que descargar al empresario del coste económico que supondría el inicio de una situación de incapacidad temporal (Aguilera Izquierdo y Gil Plana, 2010, p. 71).

Por el contrario, el artículo 26.7 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, indica que no podrá reconocerse la prestación por paternidad si el hijo fallece antes del inicio de la suspensión del contrato de trabajo. Si el fallecimiento se produce una vez reconocido el subsidio, este no se extinguirá. Es decir, cuando se produce el fallecimiento del hijo o menor acogido (Criterio de gestión del Instituto Nacional de la Seguridad Social –INSS– 2/2019, de 4 de enero), antes de la suspensión del permiso por paternidad, no se reconocerá la prestación. Si el trabajador ya se ha incorporado al puesto de trabajo y el menor fallece antes del disfrute de la quinta semana, no procederá el reconocimiento del derecho. Por último, si el óbito se produce durante la percepción de la prestación, incluida la quinta semana, no se extinguirá hasta su finalización.

²² RDleg. 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Sobre esta diferencia de trato se pronunció el Pleno del Tribunal Constitucional en su Sentencia número 111/2018, de 17 de octubre, rechazando que la (entonces) diferente duración de los permisos por maternidad y paternidad vulnerara el artículo 14, entendiendo que las finalidades de ambas prestaciones son diferentes. En el supuesto de parto, el interés primordial perseguido por el legislador es el de preservar la salud de la mujer ante un hecho biológico singular, considerando que una reincorporación inmediata a su puesto de trabajo tras el alumbramiento podría ser perjudicial para su completa recuperación, independientemente de haberse producido el fallecimiento del hijo.

Continúa la sentencia señalando que la prestación de 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 al amparo de lo dispuesto en el artículo 39.3 de la propia Constitución. No se trata, por tanto, de proteger la salud del trabajador, sino de contribuir al reparto equilibrado de las responsabilidades familiares en el cuidado de los hijos.

Siendo diferentes las situaciones protegibles, no puede reputarse como lesiva al principio de igualdad la diferente duración de los permisos por maternidad o paternidad en general, y de los supuestos de fallecimiento de hijo en particular. Por tanto, las ventajas que se determinen para la mujer no pueden considerarse discriminatorias para el hombre²³.

Cuando las finalidades son distintas, el legislador no está obligado a dar el mismo tratamiento a las prestaciones de maternidad y paternidad, aunque la situación protegible sea extremadamente dolorosa (nacimiento sin vida)²⁴. En estos supuestos, sigue existiendo la necesidad de proteger y recuperar la salud de la madre biológica, dejando de existir la obligación de ejercer los deberes de cuidado sobre los descendientes. Tampoco resulta contraria al principio de igualdad la decisión del legislador de respetar el permiso de paternidad ya iniciado, aunque se produzca entonces el fallecimiento del menor, ya que no resulta ser la misma realidad protegible cuando existe un derecho reconocido a cuando no.

2.2. El fallecimiento prematuro del hijo en los nuevos permisos por nacimiento y cuidado del menor

Con la entrada en vigor del RDL 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, se equiparan la duración y la naturaleza de los permisos para ambos progenitores. En su disposición final primera encomienda al Gobierno la elaboración, en el plazo

²³ Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 109/1993, de 25 de marzo (FJ 4.º), y STC 75/2011, de 11 de mayo (FJ 7.º).

²⁴ STS 3013/2022, de 5 de julio, con interesante voto particular.

de 6 meses, de un nuevo reglamento que sustituya al precitado RD 295/2009; desarrollo que, a la fecha de firma del presente trabajo, aún no ha visto la luz. Mientras tanto, el RD de 2009 seguirá vigente en tanto no se oponga a la nueva regulación.

Llegados a este punto, si la naturaleza actual de los permisos es equivalente y el reglamento ha quedado desfasado, ¿seguirá siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 26.7 del RD 295/2009, de 6 de marzo, relativo a las prestaciones causadas por un progenitor distinto de la madre biológica en caso de fallecimiento prematuro del hijo?

A juicio de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social²⁵, no parece que el artículo 26.7 del RD 295/2009, de 6 de marzo, se oponga al contenido del artículo 48.4 del ET, ni parece haber perdido su virtualidad, puesto que regula un supuesto no previsto en el ET, ya que al progenitor distinto de la madre biológica se le reconoce el permiso para el cumplimiento de los deberes de cuidado previstos en el artículo 68 del CC, que no pueden ser otros que los del cuidado del hijo. Estos deberes difícilmente podrán llevarse a cabo en caso de producirse el fallecimiento del hijo en un momento anterior al reconocimiento del derecho.

Se concluye, por tanto, que, a pesar de los cambios en la normativa nacional, en los casos de fallecimiento del hijo antes de su nacimiento no procederá reconocer el derecho a la prestación por nacimiento y cuidado de menor al progenitor distinto a la madre biológica.

2.3. Hijos fallecidos en otras prestaciones de Seguridad Social

Si tenemos en cuenta otros beneficios en materia de Seguridad Social específicos para los progenitores diferentes de la madre biológica, observamos cómo el fallecimiento prematuro del hijo no supone una quiebra del derecho.

El beneficio por cuidado de hijo o menor acogido del artículo 236 de la LGSS y los artículos 5 a 9 del RD 1716/2012, de 28 de diciembre²⁶, puede reconocerse o atribuirse a cualquiera de los progenitores, adoptantes o acogedores por cada hijo nacido o adoptado o menor acogido, siempre que el hijo nacido haya adquirido personalidad civil. La bonificación consiste en la consideración de unos determinados periodos de tiempo como cotizados siempre que exista una interrupción de la cotización derivada de la extinción de la relación laboral o de la finalización del cobro de prestaciones o subsidios por desempleo con obligación de cotizar, producidas entre los 9 meses anteriores al nacimiento, o los 3

²⁵ Resolución incluida en el Criterio de gestión 10/2020 del INSS, de 21 de abril de 2020.

²⁶ RD 1716/2012, de 28 de diciembre, de desarrollo de las disposiciones establecidas, en materia de prestaciones, por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social.

meses anteriores a la resolución judicial por la que se constituye la adopción o a la decisión administrativa o judicial de acogimiento preadoptivo o permanente, y la finalización del sexto año posterior a esta situación. La norma no realiza distinción alguna cuando se produce el fallecimiento prematuro del hijo.

En el caso de los periodos de cotización asimilados por parto del artículo 235 de la LGSS, únicamente aplicables a las mujeres trabajadoras, se tendrán en cuenta los hijos inscritos en el Registro Civil como persona. Cuando sea un aborto o mortinato (hijo fallecido antes del entero desprendimiento del seno materno), también podrán ser computados, siempre y cuando la gestación hubiera durado al menos 180 días y se acredite mediante la inscripción en el legajo de abortos o archivo específico del Registro Civil.

El complemento para la reducción de la brecha de género regulado en el actual artículo 60 de la LGSS e introducido por el RDL 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico, se reconocerá inicialmente a la mujer siempre que no medie solicitud y reconocimiento del complemento en favor del otro progenitor. En el caso del varón, le podrá ser reconocido en varios supuestos, entre ellos, cuando se trate de pensionistas de jubilación o incapacidad permanente y su carrera laboral se haya visto interrumpida o afectada con motivo del nacimiento o la adopción, computándose únicamente los hijos nacidos con vida o adoptados con anterioridad al hecho causante. Nuevamente se hace referencia a la redacción actual del artículo 30 del CC como único requisito, sin tener en cuenta la posibilidad de una defunción prematura.

De forma idéntica se actúa cuando se reconoce un complemento por maternidad al varón (aplicando la antigua redacción del art. 60 LGSS, tras la STJUE de 12 de diciembre de 2019, asunto C-450/18, WA/INSS, que declaraba la normativa española opuesta a la Directiva 79/7/CEE, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social).

Por su parte, el artículo 351 de la LGSS permite el pago único a tanto alzado de la prestación familiar por hijo nacido o adoptado en los supuestos de familia numerosa, monoparental o en aquellos casos en que el padre o la madre padezcan una discapacidad igual o superior al 65 % en el momento del parto o adopción²⁷. En este supuesto, al igual que ocurre en la prestación económica por parto o adopción múltiples del artículo 359 de la LGSS, será nuevamente el artículo 30 del CC el que defina el derecho, pudiendo percibir el pago único aun habiéndose producido el fallecimiento prematuro del menor. En estos supuestos,

²⁷ Prestación que sustituye al pago único por nacimiento de tercer o sucesivos hijos del RDL 1/2000, de 14 de enero, sobre determinadas medidas de mejora de la protección familiar de la Seguridad Social, con efectos de 18 de enero de 2000. En este caso, también era el artículo 30 del CC el elemento regulador del derecho.

a pesar de que el objetivo principal de estas prestaciones es paliar el aumento de gastos que suponen las nuevas responsabilidades familiares, no se ha planteado debate alguno en los casos de muerte temprana del hijo.

3. Las sentencias

El artículo 4 del RDL 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, contempla la adaptación de la normativa de Seguridad Social a las previsibles nuevas medidas previstas en la regulación laboral, redefiniendo prestaciones a la luz de posibles nuevos derechos.

Resulta evidente que cualquier modificación en materia de acción protectora supone, por un lado, un aumento del gasto público y, por otro, un incremento de obligaciones para el empresario. Por tanto, una intervención de esta naturaleza superaría lo que la organización constitucional del Estado encomienda a los jueces y tribunales, cuya función es la aplicación e interpretación de la norma, pero no la creación del derecho. Corresponde al legislador determinar el nivel y condiciones de las prestaciones a conceder o las modificaciones para adaptarlas a las necesidades del momento²⁸, aunque bien es cierto que, precisamente, han sido los tribunales los que, con base en interpretaciones integradoras, han ido detectando y superando vacíos o insuficiencias en la protección que luego son recogidos de manera más completa y detallada por el legislador²⁹.

Por estas razones, resulta obligado incluir los argumentos esgrimidos por jueces y tribunales a favor y en contra del derecho paternal cuando el hijo fallece. Sin ánimo de ser exhaustivos:

3.1. Sentencias a favor de la aplicación estricta del artículo 26.7 del RD 295/2009, de 6 de marzo

Los pronunciamientos que abogan por una aplicación estricta del artículo 26.7 se articulan en torno a los argumentos recogidos en la STC 111/2018, aun siendo conscientes del cambio producido en la naturaleza de los permisos tras el RDL 6/2019, de 6 de marzo.

La STC 111/2018 se encuentra muy ligada a la legalidad vigente y no realiza un gran esfuerzo argumental, aunque sí didáctico, probablemente porque no lo consideró necesario

²⁸ STC 75/2011, de 19 de mayo (FJ 7.º), o STC 65/1987, de 21 de mayo (FJ 17.º).

²⁹ STS 169/2023, de 2 de marzo.

(Rojo Torrecilla, 2018), vinculando siempre la protección dispensada a la mujer trabajadora con su estado de salud, como prueba la referencia a la STC 75/2011, de 19 de mayo; argumento que no tiene encaje durante las 10 semanas posteriores a las 6 de descanso obligatorio.

Con fundamento en la diferente finalidad de la prestación para ambos progenitores tenemos la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Aragón 50/2019, de 30 de enero, confirmada por la STS 3013/2022, de 5 de julio, y que incorpora un interesante voto particular en el que se trae a colación la STJUE de 12 de diciembre de 2019 (asunto C-450/18), que, aunque referida al complemento de maternidad, pone de manifiesto la necesidad de los países de dar cumplimiento a la Directiva 79/7/CEE, 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. Esta doctrina es aplicable al supuesto enjuiciado, en cuanto a 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.

3.2. Sentencias contrarias a la aplicación estricta del artículo 26.7 del RD 295/2009, de 6 de marzo

Los argumentos a favor de equiparar el derecho de ambos progenitores en caso de fallecimiento prematuro del hijo son múltiples y variados, siendo los juzgados y tribunales los que han ido construyendo el argumentario a través de las demandas y recursos de suplicación.

Encontramos argumentos técnicos que defienden la existencia de un conflicto normativo producido tras la entrada en vigor del nuevo RDL de 2019 y el intento de permanencia del artículo 26.7 del RD 295/2009, de 6 de marzo, que se considera opuesto al espíritu principal de la nueva norma. Este desajuste normativo (Barrios Baudor, 2020) debe resolverse por aplicación del principio de jerarquía, prevaleciendo lo dispuesto tanto en el ET como en el RDL 6/2019³⁰, que son de mayor rango jerárquico.

La STSJ de Castilla-La Mancha de 2 de abril de 2019³¹ interpreta que, al existir un alumbramiento, el derecho a la prestación económica se genera por igual para ambos progenitores. Del mismo modo que no se cuestiona el derecho de la madre, con diferente finalidad pero que comparte elementos comunes con el otro progenitor, no debería cuestionarse el permiso del otro progenitor. La restrictiva interpretación que se ha hecho de la expresión

³⁰ STSJ de Cantabria 838/2021, de 10 de diciembre.

³¹ En la misma línea, por las SSTSJ de Cataluña 5789/2021, de 11 de noviembre, del País Vasco 917/2011, de 9 de diciembre de 2010, de Asturias 3096/2017, de 17 de abril, o de Castilla-La Mancha 498/2019, de 2 de abril.

«nacimiento de hijo» a los efectos de determinar la procedencia de la prestación de paternidad no tiene cabida cuando el sufrimiento del otro progenitor es evidente, así como su necesidad de disfrutar de la prestación con una finalidad más amplia: acompañamiento de la madre, incluso si el bebé ha fallecido, necesidad de adaptación a la nueva situación familiar³² o cobertura de una situación de sufrimiento psicológico extremo.

En la nueva versión del artículo 48 del ET no se realiza ninguna distinción entre la madre biológica y el otro progenitor, cuando en la redacción anterior se refería únicamente a la madre, por lo que debe entenderse que ahora se habla de ambos progenitores, y ello por la propia finalidad de la reforma introducida por el RDL 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, como es la equiparación de mujeres y hombres en materia de acción protectora, para garantizar la igualdad de trato y de oportunidades³³.

Por otro lado, la Directiva 2019/1158/UE, que se encuentra plenamente vigente, al haber expirado el plazo de transposición para los Estados miembros el 2 de agosto de 2022³⁴, configura un nuevo marco normativo tendente a la corresponsabilidad en el cuidado familiar que se reafirma en los principios 2 y 9 del Pilar europeo de derechos sociales. La directiva no comporta la equiparación automática de los permisos para varones y mujeres, aunque en la legislación española esta equiparación ya está superada con el RDL 6/2019, de 1 de marzo. Por otro lado, en su considerando 19, relativo a la posibilidad de conceder el permiso de paternidad en caso de muerte fetal, deja libertad a los Estados para su concesión, como también lo hace en cuanto al disfrute anticipado de la prestación en el caso del progenitor diferente de la madre biológica. Por tanto, si bien no se impone el reconocimiento automático, pudiera considerarse que la entrada en vigor de esta directiva conlleva que, una vez reconocida la equiparación de los permisos y la posibilidad de disfrute de la madre en caso de muerte fetal, nada impide que se extienda esta posibilidad al otro progenitor, superando así la literalidad del artículo 26.7 del RD 295/2009, en virtud del nuevo contexto normativo y la salvaguarda del principio de igualdad.

También la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado que se vulnera el principio de igualdad en los supuestos de negativa de disfrute de derechos

³² STSJ del País Vasco 1123/2018, de 29 de mayo.

³³ STSJ de Cantabria 838/2021, de 10 de diciembre.

³⁴ En España: Acuerdo por el que se autoriza la tramitación administrativa urgente prevista en el artículo 27.1 a) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, del Anteproyecto de Ley para la transposición de la Directiva 2019/1152/UE, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, y la Directiva 2019/1158/UE, 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. <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/Paginas/2022/refc20220215corregida.aspx>

conciliatorios al varón por la concurrencia de concepciones estereotipadas (Sentencia de 22 de marzo de 2012 –Konstantin Markin c. Rusia–), del mismo modo que la doctrina del TJUE ha aplicado el principio de igualdad y la no discriminación por razón de sexo de trabajadores varones³⁵.

4. Conclusiones

1. La participación del hombre en las responsabilidades familiares compartidas permite a la madre desarrollar con normalidad su carrera laboral evitando situaciones de desigualdad. La equiparación de los permisos por nacimiento y cuidado del menor ha supuesto un logro social de profunda repercusión dentro de la acción protectora del sistema de Seguridad Social español. No obstante, todavía existen ciertas disfunciones en su aplicación que deberían ser correctamente legisladas para contribuir a la aplicación uniforme de los derechos conseguidos.

La actual normativa española (en cuanto a los permisos por nacimiento de hijo se refiere) se encuentra adaptada a la Directiva 2019/1158/UE, que anima a los Estados miembros a revisar sus permisos por paternidad, concretamente en los supuestos de parto prematuro, pero sin establecer una regulación mínima, y a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que contiene previsiones genéricas (prohibición de discriminación, derecho a un permiso retribuido por paternidad...) a las que la legislación española se adapta perfectamente. Pero eso no obsta para que el legislador deba plantearse la posible existencia de vacíos en la protección que hacen que la norma pierda efectividad.

Sería deseable que los permisos de ambos progenitores estuvieran diseñados en los mismos términos³⁶, pudiendo el progenitor diferente de la madre biológica iniciar su descanso antes del parto; hecho que evitaría ver su derecho lesionado en caso de fallecimiento temprano del hijo, pues la prestación ya se habría causado. Nada señala la norma sobre el motivo por el cual la madre puede adelantar su permiso, aunque todo parece indicar que se trate de una previsión protectora de su salud preparto. Esta regulación tenía sentido cuando el permiso de paternidad tenía una duración más corta, pues adelantarla supondría tener menos tiempo a la llegada del menor, cosa que ahora no ocurre. Además, con la nueva baja médica especial de incapacidad temporal por contingencias comunes para las gestaciones a partir de la semana 39.^a introducida por la Ley orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, no tiene sentido mantener esta diferencia y considerar que la implicación del padre en la asunción de sus obligaciones familiares comienza, únicamente, tras el nacimiento del hijo.

³⁵ En la STSJ de Cataluña 8213/2022, de 17 de octubre.

³⁶ Ya se hizo, por ejemplo, con el reparto equitativo de las ampliaciones por parto múltiple o discapacidad.

2. La igualdad efectiva entre hombres y mujeres no puede ser real si no se realiza una equiparación plena de las situaciones a proteger. No cabe duda de que el progenitor diferente de la madre biológica también pasa por un proceso de duelo cuando se produce el fallecimiento prematuro del hijo que, si bien no es un proceso biológico evidente como el de la madre, también puede resultar incapacitante y sustentar la necesidad de suspender el contrato de trabajo durante un periodo de tiempo determinado. Además, la recuperación física de la madre alcanza las 6 primeras semanas de descanso obligatorio, encontrándose durante las 10 semanas restantes en la misma situación protegible que el otro progenitor.

Si obviamos esta situación, estaríamos obligando al progenitor diferente de la madre biológica a proteger su estado incapacitante a través de una baja médica por contingencias comunes para la que puede no tener carencia, utilizando la prestación con una finalidad que no le corresponde y obligando al empresario a asumir unos costes ajenos durante los primeros 15 días de la prestación.

3. La existencia de una finalidad primordial del descanso para el progenitor diferente de la madre biológica durante las 6 primeras semanas (art. 68 CC) evidencia que no tiene una única finalidad. Ambas prestaciones están destinadas a promover la conciliación de la vida personal, familiar y laboral; cosa que no explica por qué el derecho es diferente en los supuestos de fallecimiento de hijo. Los deberes de cuidado no son exclusivos de las 6 primeras semanas ni son exclusivos del otro progenitor, por lo que esta distinción obedece claramente a la intención del legislador de equiparar lo máximo posible la naturaleza de ambos permisos. La obligatoriedad del descanso después del parto se extiende igualmente a los supuestos de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, para los que se prevé idéntica regulación, no existiendo un hecho biológico tampoco en este caso.

Además, si la suspensión del contrato de trabajo del otro progenitor se ampara en la realización de deberes de cuidado recogidos en el artículo 68 del CC, podría decirse que estos deberes alcanzan responsabilidades domésticas en su sentido más amplio. Por su parte, el cuidado a personas dependientes a cargo podría sustentar perfectamente la implicación del padre en el acompañamiento de la madre biológica con el fin de superar juntos el trance vivido y asistirle en la recuperación de su salud posparto. Ambos se encuentran en una situación idéntica durante un periodo determinado de tiempo, pasadas las 6 primeras semanas (cosa que no ocurría cuando el descanso por paternidad tenía una duración inferior), pero las prestaciones son diferentes; hecho que plantea una posible vulneración del principio de igualdad, siendo contrario a 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, como ya ocurrió con el extinto complemento de maternidad³⁷.

Podría también traerse al caso la STJUE de 30 de septiembre de 2010, asunto C-104/09, Roca Álvarez, respecto al permiso de lactancia otorgado por vez primera a un hombre cuando,

³⁷ STJUE de 12 de diciembre de 2019, asunto C-450/18, WA c. INSS.

originalmente, solo se había diseñado para la mujer. En esta ocasión el Tribunal de la Unión Europea indica que no existe una discriminación para los hombres, sin embargo, sí supone una situación de desigualdad, ya que da lugar a que subsistan los roles de género con menoscabo sobre las mujeres. Al igual que entonces, el descanso femenino exclusivo cuando el hijo fallece estaría obligando a la madre a asumir nuevamente un rol doméstico y doliente, frente al rol productivo asignado al otro progenitor.

4. Pero la vía interpretativa no es la solución. Sería deseable que el legislador, en el legítimo derecho de su libertad de configuración del sistema de Seguridad Social, apreciando las circunstancias concurrentes en cada momento y los recursos disponibles³⁸, incorporara expresamente la misma duración del permiso en caso de fallecimiento para ambos progenitores, bien mediante la introducción de una concreción dentro del propio ET (al que remite la LGSS), bien dando cumplimiento a la disposición final primera del RDL 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, en cuanto a la elaboración de un nuevo reglamento en sustitución del obsoleto 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. Y resulta anticuado porque desde su configuración inicial hace más de una década, únicamente ha sido objeto de dos modificaciones³⁹, ninguna con relación al RDL 6/2019, de 1 de marzo, por lo que, difícilmente, se encuentra adaptado al espíritu de la nueva norma que, además, resulta jerárquicamente superior.

Podría derogarse directamente el artículo 26.7 del RD 295/2009, de 6 de marzo, dejando vigente únicamente lo dispuesto en el artículo 48.4 del ET (o art. 49 a) EBEP en similares términos) para todos los supuestos de fallecimiento del hijo (o del *nasciturus*, siempre que haya permanecido en el seno materno al menos 180 días), incluyendo los casos de adopción o acogimiento, independientemente de que se trate de la madre biológica o del otro progenitor. Aunque también podría ser revisado en su totalidad de una manera más acorde a la normativa actual en virtud de los artículos 9.2, 14, 35 o 39 de la Constitución española.

5. Sería aconsejable extender el nivel no contributivo también para el progenitor diferente de la madre biológica en los supuestos en los que no tiene carencia. Aunque la naturaleza de la prestación no contributiva es la recuperación de la madre tras el parto y no supone desigualdad respecto al varón⁴⁰, la ausencia de cambios en esta prestación tras el

³⁸ SSTC 65/1987, de 21 de marzo (FJ 17.º), 184/1990, de 15 de noviembre (FJ 3.º), y 75/2011, de 19 de mayo (FJ 7.º).

³⁹ El artículo 2, por la Ley orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, y los artículos 3.8, 13.1, 14.2, 23.6, 41.2 y 30.2, por el RD 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros 365 días de su duración.

⁴⁰ SSTC 111/2018, de 17 de octubre, 117/2018, de 29 de octubre, o 138/2018, de 17 de diciembre.

RDL 6/2019 da muestras de una inacabada equiparación de derechos. El nacimiento de un nivel no contributivo aplicable al progenitor diferente de la madre biológica evitaría la pérdida de derechos del trabajador para ejercer su corresponsabilidad (al que se obliga a sacrificar vacaciones o permisos sin sueldo) o, en el peor de los casos, la utilización de situaciones ficticias de incapacidad temporal por contingencias comunes con un fin social inapropiado, provocando, nuevamente, una sobrecarga de costes empresariales. Aunque, dada la enorme flexibilidad en cuanto a carencia que incorporó la Ley orgánica de igualdad de 2007, estos supuestos pueden calificarse como marginales.

En un momento histórico como el actual en el que la curva demográfica hace peligrar la salud del sistema de pensiones futuro y obliga al Estado a tomar medidas urgentes, no parece razonable mantener diferencias de trato que puedan influir de manera negativa en la vida laboral de la mujer y su decisión de ser madre. La igualdad efectiva no será posible sin una corresponsabilidad plena y esto únicamente es alcanzable con una acción protectora uniforme independientemente del sexo de sus beneficiarios. Por tanto, puede concluirse que la corresponsabilidad no solo es posible en caso de fallecimiento prematuro del hijo, sino que resulta necesaria y adecuada dentro del contexto social en el que actualmente nos desenvolvemos.

Referencias bibliográficas

- Aguilera Izquierdo, R. y Gil Plana, J. (2010). *Las prestaciones económicas por maternidad, paternidad y riesgo durante el embarazo y la lactancia natural*. Civitas-Thomson Reuters.
- Aragón Gómez, C. (2019). La prestación por nacimiento y cuidado de menor, fruto de la reforma introducida por el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 219, 229-239.
- Ballester Pastor, I. (2021). Las familias monoparentales tienen derecho a la misma prestación por nacimiento y cuidado de hijos que las familias biparentales. *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 1.
- Ballester Pastor, M. A. (2015). Protección de la maternidad y protección de la mujer en la OIT: avances y contradicciones. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 117, 75-105.
- Ballester Pastor, M. A. (2019). EL RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación. Dios y el Diablo en la Tierra del Sol. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 146, 13-40.
- Barrios Baudor, G. L. (2020). Prestación por nacimiento y cuidado del menor: primeras interpretaciones administrativas. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 1.
- Blasco Lahoz, J. F. (2020). Las medidas adoptadas en materia de protección social como consecuencia de la COVID-19. *Trabajo y*

- Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, número extra 12.
- Cabero Morán, E. (2019). La conversión de las situaciones de maternidad y paternidad en la de nacimiento y cuidado de menor por el principio de corresponsabilidad. *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 53, 85-89.
- Cavas Martínez, F. (2022). Prestación contributiva por nacimiento y cuidado de menor. Criterios administrativos y primeras experiencias judiciales. En B. García Romero y M. C. López Anierte (Coord.^{as}), *Protección social del trabajo de cuidados* (pp. 75-110). Thomson Reuters Aranzadi.
- Corte Rodríguez, M. de la. (2012). El permiso parental en la Unión Europea: de la antigua a la nueva directiva. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 28.
- Cruz Roja. (2021). *Estudio 2021. Corresponsabilidad empresarial y familiar en tiempos de pandemia*. <https://www2.cruzroja.es/web/el-balance-mas-positivo/actualidad/-/blogs/estudio-2021-corresponsabilidad-empresarial-y-familiar-en-tiempos-de-pandemia>
- Fernández-Peinado Martínez, A. (2013). *La prestación por maternidad*. Bomarzo.
- Gala Durán, C. (2019). Las novedades incorporadas en el RDL 6/2019. La «transformación» de los permisos por maternidad y paternidad. *La Administración Práctica*, 6. https://ddd.uab.cat/pub/artpub/2019/249917/admpra_a2019m6n6agala.pdf
- Gorelli Hernández, J. (2019). La corresponsabilidad a través de la Seguridad Social: las nuevas prestaciones por nacimiento y lactancia. *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, 20, 47-70. <https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/364>
- Jover Ramírez, C. (2021). La coordinación de las prestaciones de maternidad y paternidad asimiladas, diferenciando entre el régimen aplicable a las prestaciones en metálico y en especie. En C. Sánchez-Rodas Navarro (Dir.^a), *Los reglamentos de coordinación de sistemas de Seguridad Social en la Unión Europea* (pp. 265-280). Laborum.
- López Anierte, M. C. (2018). Hacia una regulación no discriminatoria de la protección por nacimiento de hijo o hija. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 214, 93-135.
- López Gandía, J. (2009). Medidas de Seguridad Social en la Ley de igualdad. En M. B. Cardona Rubert (Coord.^a), *Medidas de conciliación de la vida personal, laboral y familiar: hacia un respeto igualitario de las reformas parentales* (pp. 147-185). Bomarzo.
- López Rodríguez, J. (2021). La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento: ¿hacia una efectiva corresponsabilidad? *Lan Harremanak. Revista de Relaciones Laborales*, 45, 44-78. <https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.22815>
- Lousada Arochena, J. F. (2019). Maternidad y conciliación en el trabajo por cuenta ajena tras el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo: una primera aproximación. *Revista Derecho Social y de la Empresa*, 11, 70-97.
- Martínez Moreno, C. (2009). El seguro de maternidad. En J. García Murcia y M. A. Castro Argüelles (Dirs.), *Legislación histórica de previsión social* (pp. 91-103). Thomson Reuters Aranzadi.
- Moreno Gené, J. (2018). La suspensión del contrato de trabajo y la prestación por paternidad de los trabajadores por cuenta ajena diez años después de la aprobación de la ley de igualdad. En A. M. Romero Burillo (Dir.^a), *Trabajo, género e igualdad. Un estudio jurídico-laboral tras diez años de la aprobación de la LO 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres* (pp. 141-209). Thomson Reuters Aranzadi.

- Núñez-Cortés Contreras, P. (2011). La maternidad y la paternidad en el derecho de la Unión Europea. *Actualidad Laboral*, 14, 21-41.
- Panizo Robles, J. A. (2002). La protección de la maternidad en la Seguridad Social (comentarios al Real Decreto 1251/2001, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo). *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 34, 13-74.
- Pastor Martínez, A. (2019). Las medidas laborales del 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: un paso hacia la efectividad de la igualdad de trato y de oportunidades desde la corresponsabilidad. *IUSLabor. Revista d'Anàlisi de Dret del Treball*, 1, 187-209. <https://doi.org/10.31009/IUSLabor.2019.i01.03>
- Pérez Guardo, R. y Serrano Serrano, N. (2013). ¿Responde el diseño de los permisos de maternidad y paternidad en España al presupuesto de corresponsabilidad entre hombres y mujeres? *Acciones e Investigaciones Sociales*, 33, 31-52.
- Rodríguez Escanciano, S. (2008). *La familia en el ámbito jurídico-laboral. Situación y protección*. Tirant lo Blanch.
- Rojo Torrecilla, E. (26 de octubre de 2018). Permisos por paternidad. El TC desestima la petición de equiparación con los de maternidad. Análisis de la sentencia de 17 de octubre de 2018, con un voto particular radicalmente discrepante. *El Blog de Eduardo Rojo*. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2018/10/permisos-por-paternidad-el-tc-desestima.html>
- Sánchez-Urán Azaña, Y. (2021). Las prestaciones económicas vinculadas al nacimiento de hijos y protección a la familia (de las prestaciones familiares a la prestación familiar). En *Seguridad Social para todas las personas. La protección de la Seguridad Social a las personas en situación de vulnerabilidad económica y fomento de su inclusión social. V Congreso Internacional y XVIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social* (pp. 460-491). Laborum. <https://www.aesss.es/wp-content/uploads/2021/10/LIBRO-CONGRESO-AESSS-2021.pdf>
- Tortuero Plaza, J. L. (2006). *50 propuestas para racionalizar la maternidad y facilitar la conciliación laboral*. Civitas.
- Velasco Portero, M. T. (2013). El padre y el permiso por maternidad biológica. Comentario de la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 19 de septiembre de 2013. Asunto C-5/12. *Dereito*, 22(2), 97-102.

María Alexandra Díaz Mordillo. Pertenece al Cuerpo Superior de Técnicos de la Administración de la Seguridad Social. Licenciada en Historia del Arte por la Universidad de Salamanca y Título Superior de Experto en Seguridad Social por la Universidad Complutense de Madrid. Funcionaria del INSS desde el año 2005 y colaboradora habitual de diferentes publicaciones académicas y editoriales. Desde el año 2017 pertenece al grupo de trabajo I-Consulta, encargado de la custodia, actualización y optimización de la base de datos normativa del INSS. <https://orcid.org/0000-0001-8619-3592>