

STSJ de Catalunya de 11 de noviembre de 2021, recurso 3434/2021

En caso de aborto también se tiene derecho a la prestación por paternidad (o prestación por nacimiento y cuidado de menores) (*acceso al texto de la sentencia*)

El demandante, cuyo hijo falleció intrauterinamente con más de 180 días de gestación, solicitó la prestación por paternidad conforme a lo previsto en el art. 48.7 ET. La madre percibió la prestación por maternidad, pero **el INSS denegó la prestación al padre**, por no encontrarse en ninguna de las situaciones protegidas.

El TSJ reconoce el derecho al padre, fundamentándose en los siguientes argumentos:

- La normativa vigente y en concreto **la literalidad** de lo dispuesto en el art. 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*, precepto que establece que el subsidio de paternidad no puede reconocerse cuando el hijo fallece antes del inicio de la suspensión o permiso correspondiente, **llevaría a considerar que en el caso de aborto, con más de 180 días de gestación, el padre no tiene derecho al subsidio.**
- Sin embargo, **a una conclusión diferente lleva la redacción dada al art. 48.4 ET** por 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*, **al introducir como supuesto de suspensión del contrato de trabajo del progenitor distinto a la madre biológica el periodo de 16 semanas**, de las cuales son obligatorias las 6 inmediatamente posteriores al parto, equiparándolo así con los periodos de suspensión de la madre biológica. **Se señala ahora, expresamente, que en el supuesto de fallecimiento del hijo, el periodo de suspensión no se verá reducido, sin hacer ninguna distinción entre la madre biológica y el otro progenitor** (cuando en la redacción anterior esta previsión se refería solo a la madre), por lo que debe entenderse que se refiere a ambos progenitores; y ello por la propia finalidad de la reforma introducida por el *Real Decreto-ley 6/2019*, como es la equiparación de mujeres y hombres en materia de acción protectora de la seguridad social, para garantizar la igualdad de trato y de oportunidades en el mercado de trabajo, equiparación ya iniciada a partir de la *Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*.
- **Tras la reforma del art. 48.4 ET se clarifica el derecho a la prestación por paternidad en estos supuestos, por equiparación con la prestación de maternidad, y al tratarse de una previsión legal está por encima del precepto reglamentario**, en virtud del principio de jerarquía normativa. Debe partirse de que **las prestaciones de maternidad y paternidad, si bien tienen elementos diferentes** (como puede ser el propio hecho biológico del embarazo y el parto), también **poseen otros comunes, pues una de las finalidades de ambas es la corresponsabilidad en la atención de las necesidades familiares, y la conciliación de la vida laboral y familiar**, que comprende no solo el cuidado del menor nacido, sino también la atención a la pareja, la adaptación a la nueva situación familiar que, en el caso de un hijo fallecido, implica un periodo de duelo, que afecta tanto a la madre como al padre, por lo que no tiene lógica que, en estos supuestos, se conceda la prestación de maternidad y no la de paternidad.