

**SUBDIRECCIÓN GENERAL DE ORDENACIÓN Y ASISTENCIA JURÍDICA**

Criterio de gestión: 10/2020

Fecha: 21 de abril de 2020

Materia: Prestación por nacimiento y cuidado de menor del progenitor distinto a la madre biológica en caso de fallecimiento del hijo con 180 días de gestación.

**ASUNTO:**

Si, en caso de que el hijo nazca muerto tras una gestación de más de 180 días, el otro progenitor tendría derecho al descanso y a la correspondiente prestación por nacimiento y cuidado de menor.

**CRITERIO DE GESTIÓN:**

Como se sabe, en el contexto de las tradicionales prestaciones económicas de maternidad y paternidad, en los casos en que el hijo nacía muerto con más de ciento ochenta días de gestación, sólo se reconocía la prestación de maternidad a la madre gestante, nunca la prestación por paternidad al otro progenitor. Todo ello en aplicación del 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 (RDM): *“No podrá reconocerse el subsidio por paternidad si el hijo o el menor acogido fallecen antes del inicio de la suspensión o permiso. Sin embargo, una vez reconocido el subsidio, éste no se extinguirá aunque fallezca el hijo o menor acogido.”*

Tras la entrada en vigor 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, la nueva redacción dada al párrafo 5º del vigente artículo 48.4 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre (TRLET), dispone 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.”* Por tanto, **la madre biológica continúa teniendo derecho a la prestación, como sucedía hasta la aprobación del nuevo real decreto-ley.**

Sin embargo, la creación de una prestación unitaria para ambos progenitores conlleva que se cuestione si, para el progenitor distinto de la madre biológica, sigue siendo de aplicación lo establecido en el artículo 26.7 del RDM o si procedería aplicar para ambos lo establecido en el párrafo 5º del vigente artículo 48.4 del TRLET, de forma que, en aquellos casos en los que el hijo nazca muerto con gestación de más de 6 meses, el periodo de

suspensión no se vea reducido tampoco para el otro progenitor, salvo que una vez finalizado el descanso obligatorio se solicite la reincorporación al trabajo.

A juicio de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, *“no parece que el artículo 26.7 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, se oponga al contenido del artículo 48.4 del TRLET ni, consecuentemente, que haya perdido su virtualidad, puesto que regula un supuesto no previsto por la ley, tanto en su actual redacción como en la redacción anterior al Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, respecto de la cual en ningún momento se ha dudado que fuera acorde con la misma, y puesto que en el nuevo texto legal el permiso por nacimiento y cuidado de hijo se reconoce al progenitor distinto de la madre biológica “para el cumplimiento de los deberes de cuidado previstos en el artículo 68 del Código Civil”, que no pueden ser otros que los de cuidado del hijo como se vio anteriormente, habiendo fallecido éste antes de reconocerse el correspondiente permiso y la prestación el citado artículo 26.7 mantiene su vigencia, por lo que procede denegar a su amparo la prestación al progenitor distinto de la madre biológica en los supuestos regulados por dicho artículo.”*

Ese Centro Directivo concluye que *“no encuentra fundamento jurídico a que el artículo 26.7 del RD 295/2009 no pueda aplicarse en la actualidad dado que regula un supuesto no previsto por el TRLET. En consecuencia, al mantener dicho precepto su vigencia y en base a las distintas finalidades previstas para la prestación de nacimiento y cuidado de menor para la madre biológica y para el otro progenitor, no procede conceder la prestación a este último en los supuestos previstos en el mismo.”*

En conclusión, **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.**

*Esta información ha sido elaborada teniendo en cuenta la legislación vigente en la fecha que figura en el encabezamiento y se presta en virtud del derecho previsto en el artículo 53, letra f), de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, advirtiendo que dicha información no produce más efectos que los puramente ilustrativos y de orientación.*