

Reitera el TS que la prestación de nacimiento y cuidado del menor no se reconoce al progenitor distinto de la madre biológica en caso de fallecimiento intrauterino del feto, aunque haya permanecido más de 180 días en el seno materno

30/10/2025

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social

Sede: Madrid

Sección: 1

Fecha: 27/05/2025

Nº de Recurso: 4968/2023

Nº de Resolución: 482/2025

Procedimiento: Auto de aclaración

Ponente: ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO

Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 482/2025

En Madrid, a 27 de mayo de 2025.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social en nombre y representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) contra la sentencia n.º 1237/2023, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Cataluña de 21 de febrero, en el recurso de suplicación n.º 5532/2022 formulado contra la sentencia n.º 199/2022 dictada por el Juzgado de lo Social n.º 2 de Barcelona de 30 de mayo (autos 769/2020), seguidos a instancia de D. Gumersindo contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) sobre prestaciones.

No ha comparecido la parte recurrida.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-Con fecha 30 de mayo de 2022, el Juzgado de lo Social n.º 2 de Barcelona dictó sentencia, en la que consta la siguiente parte dispositiva: “Se ESTIMA la demanda interpuesta por D. Gumersindo contra el INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL Y TESORERIA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL, se RECONOCE al demandante el derecho a la percepción de una prestación por nacimiento y cuidado de hijo, y se CONDENA a la entidad pública a abonar la prestación conforme a una base reguladora mensual de 2.594,72 euros, con efectos desde el 18/05/20 y con una duración de 12 semanas”.

SEGUNDO.-Los hechos probados a tener en cuenta para resolución del presente recurso son los formulados como tales por la sentencia del Juzgado, que se reproducen acto seguido:

“PRIMERO.- D. Gumersindo está afiliado al Régimen General de la Seguridad Social en situación de alta o asimilada al alta. (No controvertido)

SEGUNDO.- En fecha NUM000 de 2020 la esposa del demandante, D.^ª Almudena, dio a luz a una niña sin vida tras 36,3 semanas de gestación. (Folio 26)

TERCERO.- El demandante solicitó la prestación por nacimiento de hijos el 25/05/2020. (Expediente administrativo)

CUARTO.- La dirección provincial del INSS desestimo la petición del actor mediante resolución con fecha de salida 09/06/2020 por los siguientes motivos: "situación no protegida. Menor fallecido antes del inicio de la suspensión. Artículo 26.7 del Real Decreto 295/2009 de 9 de marzo y Real Decreto Ley 6/2019, de 1 de marzo". Presentada reclamación administrativa previa, fue desestimada por resolución de fecha 11/08/2020.(Expediente administrativo)

QUINTO.- Por resolución de 03/06/20 el INSS reconoció a la esposa del demandante la prestación de nacimiento y cuidado del menor. (Folio 49)

SEXTO.- En caso de estimación de la demanda la base reguladora de la prestación es de 2.594,72 euros, la fecha de efectos el 18/05/20, y la duración es de 12 semanas. (No controvertido)".

TERCERO.-Interpuesto recurso de suplicación por la representación procesal del INSS contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Cataluña dictó sentencia con fecha 21 de febrero de 2023 que finaliza así: “Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, frente a la sentencia del Juzgado de lo Social 2 de Barcelona, núm. 199/2022, dictada el 30-05-2022 en autos 769/2020, que estimó la demanda y declaró el derecho del demandante Gumersindo a percibir la prestación por nacimiento de hijo, conforme a una base reguladora mensual de 2.594,72 euros y efectos 18-05-2020, y en su virtud confirmamos la Sentencia recurrida. Sin costas”.

CUARTO.-Contra la sentencia dictada en suplicación la Letrada de la Administración de la Seguridad Social en nombre y representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) formula recurso de casación para la unificación de doctrina. Invoca como sentencia de contradicción la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 31 de enero de 2023 (rec. 1049/2021).

QUINTO.-Por providencia de esta Sala se admitió a trámite el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la parte demandante y por diligencia de ordenación se dio traslado al Ministerio Fiscal por plazo de diez días dado que la parte recurrida no se había personado.

SEXTO.-Por la representante del Ministerio Fiscal se emitió Informe el 13 de junio de 2024 en el sentido de considerar que el recurso debe ser estimado.

SÉPTIMO. Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo del presente recurso el día 27 de mayo de 2025 en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes y términos del debate.

La controversia suscitada se ciñe a determinar si el progenitor distinto de la madre biológica tiene derecho a la prestación de nacimiento y cuidado de menor en caso de fallecimiento intrauterino del feto, aunque permanezca en el seno materno más de 180 días.

Elementales razones de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación del Derecho nos llevan a trasladar al presente asunto los argumentos y solución desplegados por la STS 753/2023, de 19 de octubre (rcud.292/2022), dictada por el Pleno de esta Sala y seguida por la sentencia 191/2024, de 29 de enero (rec.2832/2022) en relación con el art. 49.c) del EBEP y 811/2024, de 30 de mayo (rec. 793/2023).

1. Datos relevantes.

La cuestión suscitada posee estricta dimensión jurídica, por lo que no son necesarios demasiados datos para comprender su alcance.

El NUM000 de 2020 la esposa del demandante dio a luz a una niña sin vida tras 36,3 semanas de gestación.

El 25 de mayo de 2020 el actor solicitó la prestación por nacimiento de hijos.

El 9 de junio de 2020 el INSS desestimó la petición por entender que se trataba de una situación no protegida.

Formulada reclamación previa, fue desestimada.

El INSS reconoció a la esposa la prestación de nacimiento y cuidado de menor.

2. Sentencias dictadas en el procedimiento.

A) La sentencia n.º 199/2022, de 30 de mayo dictada por el Juzgado de lo Social n.º 2 de Barcelona estima la demanda y reconoce al demandante el derecho a la percepción de una prestación por nacimiento y cuidado de hijo y condena a la entidad pública al abono de la cantidad correspondiente.

Sigue la argumentación de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 11 de noviembre de 2021 entendiéndose que debe prevalecer una interpretación acorde con la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y la corresponsabilidad entre mujeres y hombre establecidas por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo.

B) La STSJ de Cataluña de 21 de febrero de 2023 (rec. 5532/2022), ahora recurrida, ha desestimado el recurso y ha confirmado la sentencia de instancia.

Analiza el nuevo marco jurídico surgido tras la redacción del art. 48.4 del ET dada por el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo que pone en relación con la STS de 5 de julio de 2022 (rec. 906/2019) para concluir que debe mantenerse el criterio de su sentencia anterior de 11 de noviembre de 2021 (rec. 3434/2021). Observa que el nuevo texto no hace distinción alguna entre la madre biológica y el otro progenitor por lo que, atendiendo a la redacción del precepto, así como a la finalidad de la propia reforma de equipar a mujeres y hombres en cumplimiento con la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, debe entenderse que se está refiriendo a ambos progenitores. La previsión legal debe además prevalecer por encima del precepto reglamentario (ex. Art. 26.7 del RD 295/2009) en virtud del principio de jerarquía normativa y si bien las prestaciones de maternidad y paternidad tienen elementos distintos, los tienen también comunes y en concreto la corresponsabilidad en la atención de las necesidades familiares y la conciliación de la vida familiar y laboral que comprende no sólo el cuidado del menor nacido, sino también la atención a la pareja y la adaptación a la nueva familia que en este caso pasa por un período de duelo. Todo ello reforzado por la hermenéutica de la perspectiva de género que impone la Ley Orgánica 3/2007. Por todo ello ratifica el reconocimiento de la prestación solicitada y confirma la sentencia de instancia.

3. Recurso de casación unificadora y escritos concordantes.

A) Mediante su escrito fechado el 9 de octubre de 2023 la letrada de la Administración de la Seguridad Social en nombre y representación del INSS ha formulado el recurso de casación unificadora que ahora resolvemos. Considera que la sentencia recurrida quebranta la unidad de doctrina por lo que interesa su anulación.

B) La representante del Ministerio Fiscal, mediante escrito fechado el 13 de junio de 2024 ha emitido el Informe contemplado en el artículo 226.3 LRJS, considerando que concurre contradicción y que la

cuestión debatida ya ha sido resuelta por la Sala en sentencia de Pleno de 19 de octubre de 2023 (rec. 292/2022) ratificada en sentencia de 29 de enero de 2024 (rec. 2832/2022).

SEGUNDO.- Análisis de la contradicción.

1. El presupuesto del artículo 219.1 LRJS.

El artículo 219 LRJS exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales".

La contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales.

2. Sentencia referencial.

A efectos referenciales la recurrente ha identificado la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 31 de enero de 2023 (rec. 1049/2021) que desestima el recurso de suplicación formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social 3 de Murcia de 12 de julio de 2021 que había desestimado la demanda.

En este caso también la pareja del actor alumbró en el año 2020 a una criatura de sexo varón fallecido tras un período de gestación de 31 semanas y 4 días; solicitada la prestación, le fue denegada; el demandante formuló reclamación previa el 5 de mayo de 2020 que fue desestimada; a la pareja le fue reconocida la prestación.

La Sala ratifica la decisión de la instancia ya que considera que las prestaciones de maternidad y paternidad obedecen a finalidades distintas, por un lado, asegurar la salud de la madre, y, por otro lado, posibilitar la conciliación de la vida laboral y familiar, así como el cumplimiento de los deberes de cuidado del art. 68 del CC. Al producirse el fallecimiento del feto, se mantiene la primera finalidad, pero la segunda carece ya de sentido. Estima que ninguna vulneración del principio de igualdad y no discriminación se produce a la vista delo expresado en la sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de octubre de 2018 que cita.

3. Concurrencia de contradicción.

Tal y como ha informado la representante del Ministerio Fiscal, consideramos concurrente la preceptiva contradicción, cumpliéndose las exigencias de los artículos 219 y 221 LRJS.

En ambos supuestos se trata de alumbramientos sin vida que superan los 180 días de gestación y en ambos pleitos se reconoce la prestación por nacimiento y cuidado de hijo a la madre gestante y se deniega al padre. Sin embargo, mientras que la sentencia recurrida confirma el reconocimiento de la prestación que se había hecho en la instancia, la de contraste confirma la denegación realizada en la instancia, no siendo relevante a estos efectos los argumentos y fundamentos manejados por ambas resoluciones para justificar su decisión, pues es doctrina de esta Sala (entre otras, sentada en STS 697/2023 de 3 de octubre, rcud. 57/2022) que la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales.

TERCERO.- Principales normas aplicables.

La resolución del presente recurso exige el examen de las diferentes normas denunciadas cuyo contenido, en la parte que interesa, pasamos a reproducir.

1. Art. 48 del Estatuto de los Trabajadores (ex RDL 6/2019).

Con arreglo a la redacción del artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores (ET) proporcionada por el RDL6/2019, de 1 de marzo, vigente desde 1 de abril

“4. El nacimiento, que comprende el parto y el cuidado de menor de doce meses, suspenderá el contrato de trabajo de la madre biológica durante 16 semanas, de las cuales serán obligatorias las seis semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto, que habrán de disfrutarse a jornada completa, para asegurar la protección de la salud de la madre.

El nacimiento suspenderá el contrato de trabajo del progenitor distinto de la madre biológica durante 16semanas, 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[...]

2. Disposición final primera del RDL 6/2019.

Asimismo, interesa recordar el tenor de la Disposición Final Primera del citado RDL 6/2019, conforme a la cual El Gobierno, en el plazo de seis meses, deberá dictar cuantas disposiciones sean necesarias para la aplicación y el desarrollo del presente real decreto-ley en las materias que sean de su competencia.

3. Artículos 177 y 178 de la Ley General de la Seguridad Social.

A) El artículo 177 LGSS delinea las situaciones protegidas en esta situación de necesidad y prescribe que 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, durante los períodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en los apartados4, 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.

Por su lado, el artículo 178.1 LGSS aclara que Serán beneficiarios del subsidio por nacimiento y cuidado de menor las personas incluidas en este Régimen General, cualquiera que sea su sexo, que disfruten de

los descansos referidos en el artículo anterior, siempre que, además de reunir la condición general exigida en el artículo 165.1 y las demás que reglamentariamente se establezcan, acrediten los siguientes períodos mínimos de cotización...

4. Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo.

Por su lado, el 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, contiene dos previsiones que interesa recordar:.

A) Conforme al artículo 8.4 En el supuesto de fallecimiento del hijo, la duración de la prestación económica no se verá reducida, salvo que, una vez finalizadas las seis semanas posteriores al parto, la madre solicitarare incorporarse a su puesto de trabajo. En este último caso, quedará sin efecto la opción ejercida por la madre en favor del otro progenitor.

Lo dispuesto en el párrafo anterior será de aplicación aun cuando el feto no reúna las condiciones establecidas en el artículo 30 del Código Civil para adquirir la personalidad, siempre que hubiera permanecido en el seno materno durante, al menos, ciento ochenta días.

B) Por su lado, el artículo 26.7 (Nacimiento, duración y extinción del derecho) dispone que. No podrá reconocerse el subsidio por paternidad si el hijo o el menor acogido fallecen antes del inicio de la suspensión o permiso. Sin embargo, una vez reconocido el subsidio, éste no se extinguirá aunque fallezca el hijo o menor acogido.

CUARTO.- Doctrina de la Sala

Sobre la cuestión suscitada esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse en la citada STS n.º 753/2023, de 19 de octubre dictada en Pleno en el recurso de casación de unificación de doctrina n.º 292/2022 reiterada en otras posteriores como las 191/2024, de 29 de enero (rec. 2832/2022) en relación con el art. 49-c) del EBEP, y 811/2024, de 30 de mayo (rec. 793/2023).

En dicha sentencia se anula la sentencia del TSJ de Cataluña en cuya doctrina se apoya la ahora recurrida. En el referido recurso de casación unificadora, presentado por la representante del Ministerio Público, fijamos doctrina a tal efecto, en la que rechazamos que, en el supuesto de fallecimiento intrauterino del feto que hubiera permanecido en el seno materno durante más de 180 días, el progenitor no gestante tuviese derecho al subsidio por nacimiento y cuidado de menor.

Tras confrontar la anterior y la nueva redacción dada por el Real Decreto-ley 6/2019 a los artículos 48 del ET y 177 y 178 de la LGSS, y efectuar una recapitulación de pronunciamientos judiciales con conexión con el debate suscitado -en concreto la sentencia del TS 602/2022, de 5 de julio (rcud 906/2019) y la sentencia del TC 111/2018, de 17 de octubre (recurso 4344/2017)- expusimos lo siguiente:

1. Posición de los progenitores.

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

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

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

2. Previsiones reglamentarias

Sentado lo anterior, debemos adentrarnos en las previsiones del también vigente RD 295/2009, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural. Su normativa vino a desarrollar reglamentariamente las disposiciones de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que había estatuido -modificando el art. 48.4 ET -, para el supuesto de fallecimiento del hijo, que "el período de suspensión no se verá reducido, salvo que, una vez finalizadas las seis semanas de descanso obligatorio, la madre solicitara reincorporarse a su puesto de trabajo.", plasmando los elementos diferentes en las prestaciones de maternidad y paternidad, como puede ser el propio hecho biológico del embarazo y el parto. La LO 3/2007 introdujo así, como causa de suspensión del contrato -para la madre-, el fallecimiento del hijo, incorporando correlativamente como causa para la prestación de maternidad la del fallecimiento del hijo, pues el art. 133bis protegía todas las situaciones previstas en el art. 48.4 ET, en paralelo a la suspensión del contrato por paternidad (art. 48 bis ET) y la prestación de paternidad (art. 133 octies LGSS).

El art. 8.4 de aquel RD, ya repetido, determinó la no reducción de la prestación económica, cuando acaeciese la muerte del hijo, con la excepción de que la madre solicitase la reincorporación al puesto de trabajo, y que ello sería aplicable "aun cuando el feto no reúna las condiciones establecidas en el artículo 30 del Código Civil para adquirir la personalidad, siempre que hubiera permanecido en el seno materno durante, al menos, ciento ochenta días." Esta última disposición precisó el alcance de dicho fallecimiento, al expresar que resultaba aplicable a los casos de muerte fetal (siempre que hubiera permanecido en el seno materno durante, al menos, ciento ochenta días).

El escollo esencial lo encontramos en el texto del art. 26 del mismo RD 295/2009, atinente al nacimiento, duración y extinción del derecho al subsidio de paternidad (para el nacimiento y cuidado de menor en la terminología posterior). Principia el precepto fijando el derecho desde el mismo día en que dé comienzo el periodo de suspensión o permiso correspondiente, de acuerdo con las normas en cada caso aplicables, pero en su apartado 7 estatuye que "No podrá reconocerse el subsidio por paternidad si el hijo o el menor acogido fallecen antes del inicio de la suspensión o permiso. Sin embargo, una vez reconocido el subsidio, éste no se extinguirá, aunque fallezca el hijo o menor acogido.", al igual que lo había excluido el RD 1251/2001.

3. Desarrollo reglamentario esperado.

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

Efectivamente tal deber en esta materia no ha sido cumplimentado, vedando la hermenéutica extensiva que se adopta por la resolución impugnada. Sin dejar de recordar que el legislador puede, en estos supuestos y en línea con la Directiva (UE) 2019/1158, configurar una situación de suspensión del contrato y prestación por nacimiento en favor del progenitor distinto de la madre biológica, pues resulta afectado en la misma medida por el fallecimiento del descendiente común, sin embargo, deviene

imprescindible contar con el oportuno sustento reglamentario que desarrolle las modificaciones que se incorporaron en el texto estatutario y en la normativa de seguridad social a este anudadas.

4. Interpretación postulada

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

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

Por otra parte, el derecho a la suspensión por nacimiento y cuidado del menor del padre biológico, en el caso de fallecimiento intrauterino del feto que hubiera permanecido en el seno materno durante más de 180 días, y, por consiguiente, el derecho al subsidio por nacimiento y cuidado del menor del art. 178 de la LGSS, tampoco podríamos sustentarlo en el principio de corresponsabilidad, dado el deceso acaecido, ni en el objetivo de conciliación de la vida familiar y laboral. Y, en todo caso, abundando en la interpretación sistemática del cuerpo normativo en liza, se observaría un desigual tratamiento respecto de aquellas situaciones en las que se produce la muerte de un hijo cuando ya han vencido los periodos especialmente protegidos.

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

5. Doctrina unificada

Tras todo lo expuesto quedaba fijada doctrina en los términos siguientes. El art. 48.4 ET, los correlativos arts. 177 y 178 y conexos de la LGSS, sobre el derecho al subsidio por nacimiento y cuidado del menor, en la dicción otorgada por el Real Decreto Ley 6/2019, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, y el derecho reglamentario anterior vigente (RD 295/009), no reconocen el derecho a la suspensión ni, en consecuencia, la prestación por nacimiento y cuidado de menor al padre biológico, en el caso de

fallecimiento intrauterino del feto que hubiera permanecido en el seno materno durante más de 180 días.

QUINTO.- Resolución.

A la vista de cuanto antecede, y oído el Ministerio Fiscal, debemos estimar el recurso de casación unificadora interpuesto por el INSS.

1. Unificación doctrinal.

Cumpliendo la misión que constitucional y legalmente nos está reservada (artículos 123 y 152.1 CE; artículo 219 LRJS) debemos unificar las discrepantes doctrinas enfrentadas en el presente caso.

Por las razones que hemos expuesto, consideramos acertada la contenida en la sentencia referencial. En el estado de nuestro actual ordenamiento, no está reconocido el derecho a la suspensión contractual ni, en consecuencia, la prestación por nacimiento y cuidado de menor al padre biológico, en el caso de fallecimiento intrauterino del feto que hubiera permanecido en el seno materno durante más de 180 días.

2. Estimación del recurso.

A) Al contener doctrina errónea la sentencia recurrida, debemos resolver conforme a las previsiones legales para los casos de estimación del recurso. Procede, por tanto, oído Ministerio Fiscal, la estimación del recurso de casación para la unificación de la doctrina, y la consiguiente anulación de la sentencia recurrida dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

B) El artículo 228.2 LRJS comienza disponiendo que, si la sentencia del Tribunal Supremo declarara que la recurrida quebranta la unidad de doctrina, casará y anulará esta sentencia y resolverá el debate planteado en suplicación con pronunciamientos ajustados a dicha unidad de doctrina, alcanzando a las situaciones jurídicas particulares creadas por la sentencia impugnada.

En nuestro caso, eso significa que el recurso de suplicación interpuesto por la representación del INSS debe estimarse y la sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de Barcelona revocarse y desestimarse la demanda.

C) También prescribe el artículo 228.2 LRJS que en la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo se resolverá lo que proceda sobre consignaciones, aseguramientos, costas, honorarios y multas, en su caso, derivados del recurso de suplicación de acuerdo con lo prevenido en esta Ley. Si se hubiere constituido depósito para recurrir, se acordará la devolución de su importe. En este caso no procede adoptar decisión alguna sobre tales extremos.

D) La estimación del recurso de casación unificadora, sin embargo, no comporta imposición de costas para la contraparte, habida cuenta tanto de la identidad con que litiga cuanto de los términos en que se pronuncia el artículo 235.1 LRJS.

FALLO

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

1.º) Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por representación procesal del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS).

2.º) Casar y anular la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, n.º 1237/2023, de 21 de febrero (rec. 5532/2022).

3.º) Resolver el debate suscitado en suplicación en el sentido de estimar el recurso de dicha clase interpuesto por el INSS (rec. 5532/2022) y revocar la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º 2

de Barcelona n.º199/2022, de 30 de mayo de 2022 en procedimiento seguido a instancia de D. Gumersindo frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) desestimando la demanda (autos 769/2020).4.º) No adoptar decisión especial en materia de costas procesales, debiendo asumir cada parte las causadas a su instancia.

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

Así se acuerda y firma.