



Roj: **STSJ CAT 7851/2023 - ECLI:ES:TSJCAT:2023:7851**

Id Cendoj: **08019340012023104767**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **26/07/2023**

Nº de Recurso: **8192/2022**

Nº de Resolución: **4873/2023**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **CARLOS HUGO PRECIADO DOMENECH**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJS, Madrid, núm. 31, 02-12-2013,**
STSJ M 8383/2014,
STS 5283/2016,
STSJ CAT 7851/2023

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 08187 - 44 - 4 - 2021 - 8013932

MC

Recurso de Suplicación: 8192/2022

ILMO. SR. FELIPE SOLER FERRER

ILMA. SRA. SARA MARIA POSE VIDAL

ILMO. SR. **CARLOS HUGO PRECIADO DOMENECH**

En Barcelona a 26 de julio de 2023

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA núm. 4873/2023

En el recurso de suplicación interpuesto por INSTITUT NACIONAL DE LA SEGURETAT SOCIAL (INSS) frente a la Sentencia del Juzgado Social 2 Sabadell de fecha 30 de junio de 2022 dictada en el procedimiento Demandas nº 280/2021 y siendo recurrido D. Maximino , ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. **Carlos Hugo Preciado Domenech**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Seguridad Social en general, en la que el actor, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 30 de junio de 2022 que contenía el siguiente Fallo:



" ESTIMO la demanda interpuesta por Maximino contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (INSS), Y CONDENO al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL a abonar al actor la cuantía de 2.467,76 euros, por la prestación de nacimiento y cuidado de menor, correspondiente al periodo comprendido entre el 4/05/2020 hasta el 14/06/2020, con los efectos pertinentes. "

SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

" **PRIMERO.-** Maximino , con DNI NUM000 , número de afiliación a la Seguridad Social NUM001 , solicitó prestación de paternidad, por dos periodos, el primero desde la fecha del nacimiento NUM002 /2019 a 28/08/2019, y el segundo periodo desde 02/01/2020 hasta el 12/02/2020. (Expediente administrativo).

SEGUNDO.- Por resolución del INNS de 28/08/2019 se resolvió abonar directamente al actor la prestación de nacimiento y cuidado de menor que había solicitado, a razón de una base reguladora diaria de 60,23 euros, con efectos económicos de 15/08/2019 hasta 28/08/2019. Por resolución de 13/01/2020 se resolvió abonar directamente al demandante la misma prestación, con la misma base reguladora, y efectos económicos de 2/01/2020 hasta 12/02/2020. Dichos periodos fueron los señalados por el demandante en su solicitud. (Expediente administrativo).

TERCERO.- Con fecha de entrada de 7/02/2020, el actor comunicó al INNS que había convenido con la empresa DEFCA hacer uso fraccionado de la baja para cuidado de menor. Señalando que no había hecho uso del periodo de enero de 2020, y que tras ver el ingreso del INNS del segundo periodo, les informaba que ese dinero quedaba a su disposición para ser reversado hasta que se produjera el trámite de un nuevo periodo de baja. El INNS indicó que debía devolver la cantidad correspondiente a dicho periodo, y devolvió la cuantía correspondiente al segundo periodo, en el que finalmente había trabajado, y que previamente le había sido abonado por la entidad demandada. (Expediente administrativo).

CUARTO.- El 14/01/2021 el INNS dictó resolución desestimando la reclamación previa, determinando que el abono del segundo periodo de descanso, de 4/05/2020 a 14/06/2020 no puede ser abonado "al haber agotado el período máximo de duración de la prestación" (...). La normativa actual determina la necesidad de fijar de antemano los periodos de disfrute, por lo que se considera que los periodos de disfrute de la prestación, una vez solicitados y reconocidos por resolución, deben considerarse inalterables, salvo que pueda acreditarse la concurrencia de circunstancias excepcionales". (Expediente administrativo).

QUINTO.- El demandante, interpuso reclamación previa el 7/02/2020, manifestando que, por acuerdo entre el trabajador y la empresa, en el segundo periodo ya abonado por el INNS, había trabajado, y no se había por tanto tramitado la baja. El 30 de abril de 2020, modificó la fecha del segundo periodo que ya había sido abonado por el INNS, y comunicando que la nueva fecha sería del 04/05/2020 hasta el 14/06/2020. (Expediente administrativo).

SEXTO.- El 4 de mayo de 2020 se envió correo al INNS por parte de jda (área laboral) señalando que "el actor tiene un certificado mecanizado erróneo de fecha 02/01/2020 al 12/02/2020 que es erróneo y no nos deja modificar al ser un segundo periodo de la paternidad inicial de fecha 15/08/2020. No podemos mecanizar el certificado correcto de fecha 4/05/2020, por lo que solicitamos la eliminación de certificado de fecha 02/01/2020." (Expediente administrativo).

SÉPTIMO.- La base reguladora de la prestación es de 6873 euros diarios. (No controvertido).

OCTAVO. - El certificado de Defca de 5 de febrero de 2020 indicaba que el demandante había estado en activo durante todo el mes de enero, sin faltar ningún día, recibiendo el salario pertinente según el contrato laboral. Señalando que el actor fue padre en NUM002 de 2019, y que solicitó prestación por nacimiento de hijo del periodo de NUM002 de 2019 a 28 de agosto de 2019, y que se le facilitó certificado de empresa al trabajador para poder solicitar la prestación correspondiente a los primeros 14 días. Añade que, "finalmente, se llegó a un acuerdo con la empresa, para disponer del resto de permiso de paternidad a partir del mes de abril de 2020. La empresa no ha emitido ningún otro certificado de empresa al trabajador, requisito necesario para disfrutar de los sucesivos periodos de descanso". (Expediente administrativo).

NOVENO. - Se aportan emails intercambiados entre el actor y el INNS, así como reclamación ante el Defensor del Pueblo y solicitud de este al INNS de la remisión del Expediente Administrativo. (Expediente administrativo). "

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandada, que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, a la que se dio traslado, lo impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO.- El demandado INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, interpone recurso de suplicación frente a la sentencia nº 241/2022, dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Sabadell en fecha 30/06/2022 en los autos nº 280/2021, en cuya virtud se estima la demanda interpuesta por D. Maximino frente al INSS, al que condena a abonar al actor la cuantía de 2.467,76 euros, por la prestación de nacimiento y cuidado de menor, correspondiente al período comprendido entre el 04/05/2020 hasta el 14/06/2020, con los efectos pertinentes.

El recurso ha sido impugnado por la representación procesal de la parte actora, que pide su inadmisión, subsidiariamente su desestimación y la confirmación de la sentencia recurrida.

SEGUNDO.- Sobre las causas de inadmisión

Como **cuestión previa, planteada de oficio**, por ser cuestión de orden público procesal el relativo a la competencia funcional, hay que plantearse la admisibilidad del recurso, conforme al art. 191.2g) LRJS, dadas las pretensiones efectuadas, pues la cuantía del proceso no excede de los 3000 euros,

Nos hallamos ante una pretensión principal de reconocimiento del derecho a que al actor se le reintegren los 2467,76 euros devueltos en su día al INSS por el período correspondiente al que realmente disfrutó de la compañía de su hijo, remunerado mediante la prestación por nacimiento y cuidado de menor, correspondiente al comprendido desde fecha 04/05/20 hasta 14/06/20

Nos hallamos ante una petición de reconocimiento del derecho a un subsidio de Seguridad social, inicialmente reconocida y no disfrutada por petición del trabajador que pide se le reconozca en período distinto, a lo que el INSS no accede.

Por tanto, conforme al art. 191.3c) LGSS, **nos hallamos ante un proceso que versa sobre reconocimiento o denegación del derecho a obtener prestaciones de Seguridad Social, que termina por sentencia frente a la que -en todo caso- cabe recurso.**

En segundo lugar, la impugnante plantea como **cuestión de inadmisibilidad del recurso, conforme al art.196.3 LRJS, que el recurrente se limita a denunciar la infracción de normas**, sin pretender una modificación de los hechos probados, señalando los documentos o pericias concreto que la sustenten, así como la redacción alternativa de los hechos probados que se pretendan. Dicha pretensión de inadmisión ha de ser desestimada, pues nada impide que el recurso de suplicación se formule exclusivamente en base al art.193c) LRJS, para denunciar la infracción de normas sustantivas o jurisprudencia. No nos hallamos, por tanto, ante una causa de inadmisión. Siendo ello así, es obvio que si el recurrente hace supuesto de cuestión, es decir, acude en el recurso a hechos que no consten probados en la sentencia recurrida, la Sala no puede sino desestimar dicho planteamiento, debiéndose ceñir para resolver la controversia en el recurso a los hechos que figuran como probados en la sentencia recurrida.

TERCERO.- Infracción de normas sustantivas y jurisprudencia.

La recurrente, al amparo del **apartado C) del art.193 LRJS** solicita el examen de la infracción las normas sustantivas o de la jurisprudencia, por entender infringidos los arts. 177 a 180 LGSS, así como el art.12.2 del RD 295/2009, de 6 de marzo así como los arts. 9, 11, 14 y 26.8 del mismo texto legal.

3.1.- Objeto de la controversia

El **objeto de la controversia** en el recurso radica en determinar si el trabajador, de acuerdo con la empresa, puede modificar el período de disfrute inicialmente reconocido por el INSS del subsidio por nacimiento y cuidado de menor, regulado en los arts.177- 180 LGSS, reglamentariamente desarrollados por el RD 295/2009, de 6 de marzo.

La recurrente, en síntesis, considera que los períodos de descanso se establecen por los trabajadores en las solicitudes iniciales de permiso por cuidado de menor y que no están sujetos a la discrecionalidad o conveniencia del trabajador. Entiende que para alterar el régimen o disfrute, debe existir una cusa tasada y justificada, y en fin, considera que el derecho viene establecido en una resolución, que si no es impugnada, deviene firme, sin que se trate por tanto de un derecho discrecional o potestativo del beneficiario.

La impugnante pide la inadmisión del recurso y, subsidiariamente, su desestimación, resumidamente, por considerar acertado el criterio de la sentencia recurrida.

La sentencia recurrida considera que procede estimar la demanda porque el actor cumplió todos los requisitos para lucrar el subsidio y ello con independencia de que una vez reconocido el derecho, modificase -de acuerdo con su empresa- uno de los dos períodos inicialmente reconocidos.

3.2- Hechos a considerar



- El trabajador demandante solicitó prestación de paternidad, por dos períodos: desde la fecha de nacimiento NUM002 /2019 a 28/08/2019 y el segundo período desde 02/01/2020 hasta 12/02/2020.
- El INSS resolvió el 28/08/109 abonar directamente al actora la prestación de nacimiento y cuidado de menor que había solicitado con efectos económicos 15/07/19 hasta 28/08/19 (período inmediatamente posterior al nacimiento) y por resolución de 13/01/2020 acordó abonar directamente la prestación con efectos económicos 02/01/2020 hasta 12/02/2020.
- En fecha 07/02/2020 el trabajador comunicó a INSS que había acordado con su empresa hacer uso fraccionado de la baja para cuidado de menor. Señalando que no había hecho uso del período de 02/01/20 a 12/02/20 y que tras haberle ingresado el INSS este segundo período, le ponía el dinero a su disposición hasta que se produjera el trámite de un nuevo período de baja. Devolvió al INSS la cuantía correspondiente a ese segundo período en el que había trabajado y que le había sido abonado.
- El 14/01/21 el INSS dictó resolución desestimando la reclamación previa determinando que el abono del segundo período de descanso de 04/05/2020 a 15/06/2020 no puede ser abonado "al haber agotado el período máximo de duración de la prestación". Considera que los períodos de disfrute de la prestación una vez solicitados y reconocidos por resolución, deben considerarse inalterables, salvo que pueda acreditarse la concurrencia de circunstancias excepcionales.

3.3.- Normativa aplicable al caso

Artículo 177 LGSS . Situaciones protegidas. (en la redacción dada por el art. 4.3 Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo , vigente a partir de 8/03/2019)

A efectos de la prestación por nacimiento y cuidado de menor prevista en esta sección, se consideran situaciones protegidas el nacimiento, la adopción, la guarda con fines de adopción y el acogimiento familiar, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las comunidades autónomas que lo regulen, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año, durante los períodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en los apartados 4, 5 y 6 del artículo 48 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y en el artículo 49.a), b) y c) del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

Art.48.4 Estatuto de los trabajadores /as (En la redacción dada por el RD-Ley 6/2019, de 1 de marzo. Esta modificación se aplicará paulatinamente en la forma establecida por la disposición transitoria decimotercera del Estatuto de los Trabajadores , añadida por el art. 2.18 del citado Real Decreto-ley 6/2019 .

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 16 semanas, de las cuales serán obligatorias las seis semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto, que habrán de disfrutarse a jornada completa, para el cumplimiento de los deberes de cuidado previstos en el artículo 68 del Código Civil.

En los casos de parto prematuro y en aquellos en que, por cualquier otra causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, el periodo de suspensión podrá computarse, a instancia de la madre biológica o del otro progenitor, a partir de la fecha del alta hospitalaria. Se excluyen de dicho cómputo las seis semanas posteriores al parto, de suspensión obligatoria del contrato de la madre biológica.

En los casos de parto prematuro con falta de peso y en aquellos otros en que el neonato precise, por alguna condición clínica, hospitalización a continuación del parto, por un periodo superior a siete días, el periodo de suspensión se ampliará en tantos días como el nacido se encuentre hospitalizado, con un máximo de trece semanas adicionales, y en los términos en que reglamentariamente se desarrolle.

En el supuesto de fallecimiento del hijo o hija, el periodo de suspensión no se verá reducido, salvo que, una vez finalizadas las seis semanas de descanso obligatorio, se solicite la reincorporación al puesto de trabajo.

La suspensión del contrato de cada uno de los progenitores por el cuidado de menor, una vez transcurridas las primeras seis semanas inmediatamente posteriores al parto, podrá distribuirse a voluntad de aquellos, en períodos semanales a disfrutar de forma acumulada o interrumpida y ejercitarse desde la finalización de la suspensión obligatoria posterior al parto hasta que el hijo o la hija cumpla doce meses. No obstante, la madre biológica podrá anticipar su ejercicio hasta cuatro semanas antes de la fecha previsible del parto. El disfrute de



cada período semanal o, en su caso, de la acumulación de dichos períodos, deberá comunicarse a la empresa con una antelación mínima de quince días.

Este derecho es individual de la persona trabajadora sin que pueda transferirse su ejercicio al otro progenitor.

La suspensión del contrato de trabajo, transcurridas las primeras seis semanas inmediatamente posteriores al parto, podrá disfrutarse en régimen de jornada completa o de jornada parcial, previo acuerdo entre la empresa y la persona trabajadora, y conforme se determine reglamentariamente.

La persona trabajadora deberá comunicar a la empresa, con una antelación mínima de quince días, el ejercicio de este derecho en los términos establecidos, en su caso, en los convenios colectivos. Cuando los dos progenitores que ejerzan este derecho trabajen para la misma empresa, la dirección empresarial podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones fundadas y objetivas, debidamente motivadas por escrito.

A efectos de lo dispuesto en este apartado, el término de madre biológica incluye también a las personas trans gestantes.

- Disposición transitoria decimotercera. ET . Aplicación paulatina del artículo 48 en la redacción 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.

1. Los apartados 4, 5, y 6 del artículo 48, en la redacción dada 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, serán de aplicación gradual conforme a las siguientes reglas:

a) En el caso de nacimiento, la madre biológica disfrutará completamente de los periodos de suspensión regulados en el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, desde su entrada en vigor.

b) A partir de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, en el caso de nacimiento, el otro progenitor contará con un periodo de suspensión total de ocho semanas, de las cuales las dos primeras, deberá disfrutarlas de forma ininterrumpida inmediatamente tras el parto.

La madre biológica podrá ceder al otro progenitor un periodo de hasta cuatro semanas de su periodo de suspensión de disfrute no obligatorio. El disfrute de este periodo por el otro progenitor, así como el de las restantes seis semanas, se adecuará a lo dispuesto en el artículo 48.4.

c) A partir de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, en el caso de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, cada progenitor dispondrá de un periodo de suspensión de seis semanas a disfrutar a tiempo completo de forma obligatoria e ininterrumpida inmediatamente después de la resolución judicial por la que se constituye la adopción o bien de la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento. Junto a las seis semanas de disfrute obligatorio, los progenitores/as podrán disponer de un total de doce semanas de disfrute voluntario que deberán disfrutar de forma ininterrumpida dentro de los doce meses siguientes a la resolución judicial por la que se constituya la adopción o bien a la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento, de conformidad con lo previsto en el artículo 48.5. Cada progenitor podrá disfrutar individualmente de un máximo de diez semanas sobre las doce semanas totales de disfrute voluntario, quedando las restantes sobre el total de las doce semanas a disposición del otro progenitor. Cuando los dos progenitores que ejerzan este derecho trabajen para la misma empresa, ésta podrá limitar el disfrute simultáneo de las doce semanas voluntarias por razones fundadas y objetivas, debidamente motivadas por escrito.

d) A partir de 1 de enero de 2020, en el caso de nacimiento, el otro progenitor contará con un periodo de suspensión total de doce semanas, de las cuales las cuatro primeras deberá disfrutarlas de forma ininterrumpida inmediatamente tras el parto. La madre biológica podrá ceder al otro progenitor un periodo de hasta dos semanas de su periodo de suspensión de disfrute no obligatorio El disfrute de este periodo por el otro progenitor, así como el de las restantes ocho semanas, se adecuará a lo dispuesto en el artículo 48.4.

(...)

- Los arts. 2 y 3 del RDL 6/2019 de 19 de marzo , que conforme a su Exposición de motivos" Los artículos 2 y 3 del presente real decreto -ley equiparan, en sus respectivos ámbitos de aplicación, la duración de los permisos por nacimiento de hijo o hija de ambos progenitores. Esta equiparación responde a la existencia de una clara voluntad y demanda social. Los poderes públicos no pueden desatender esta demanda que, por otro lado, es una exigencia derivada de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución ; 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 . De esta forma se da un paso importante en la consecución de la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres, en la promoción de la conciliación de la vida personal y familiar, y en el principio de corresponsabilidad entre ambos progenitores,



elementos ambos esenciales para el cumplimiento del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres en todos los ámbitos. Esta equiparación se lleva a cabo de forma progresiva, en los términos previstos en las disposiciones transitorias del Estatuto de los Trabajadores y del Estatuto Básico del Empleado Público introducidas por este real decreto-ley."

De este modo, en el art.2.12 del RD-Ley 6/2019 **se acomete la Modificación del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores**, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, y se modifican los apartados 4, 5, 6, 7, 8 y 9 y se suprime el apartado 10 del artículo 48. (ya hemos expuesto el apartado 4 en la nueva redacción).

El artículo 4 RD_ley 6/2019, conforme a su exposición de motivos contempla la adaptación de la normativa de Seguridad Social a las medidas previstas en la regulación laboral, redefiniendo las prestaciones a la luz de los nuevos derechos. De igual manera, se crea una nueva prestación para ejercicio corresponsable del cuidado del lactante conforme a las novedades introducidas tanto en el Estatuto de los Trabajadores como en el Estatuto Básico del Empleado Público. Por su parte, el artículo 7 contiene las adaptaciones necesarias para incluir estas prestaciones en la acción protectora del Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos de la Seguridad Social.

De este modo, **el art. 4.3. del RD-Ley 6/2019 modifica el artículo 177, del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social**, aprobado por Real Decreto legislativo 8/2015, de 30 octubre, en los términos que ya hemos expuesto más arriba.

Disposición adicional única del RD-Ley 6/2019: . Adaptación normativa.

Todas las referencias realizadas en textos normativos a las prestaciones y permisos de maternidad y paternidad se entenderán referidas a las nuevas prestaciones y permisos contemplados en este real decreto-ley. Asimismo, todas las referencias al Fondo de apoyo para la promoción y desarrollo de las infraestructuras y servicios del Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia, se deben entender realizadas al Fondo de apoyo para la promoción y desarrollo de infraestructuras y servicios del Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia y de los Servicios Sociales.

Disposición derogatoria única. RD-Ley 6/2019:

Quedan derogadas cuantas normas de igual o inferior rango se opongan o contradigan lo dispuesto en el presente real decreto-ley.

Disposición final primera. Desarrollo reglamentario. RD-ley 6/2019

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.

A nivel reglamentario, el **Artículo 8.12 del RD 259/2009 Nacimiento , duración y extinción del derecho.**

12. El derecho al subsidio por maternidad se extinguirá por alguna de las siguientes causas:

- a) Por el **transcurso de los plazos máximos de duración de los periodos de descanso** referidos en los apartados anteriores de este artículo.
- b) Cuando el periodo de descanso sea disfrutado exclusivamente por uno de los progenitores, **por la reincorporación voluntaria al trabajo del beneficiario del subsidio con anterioridad al cumplimiento del plazo máximo de duración del mencionado periodo de descanso.**

El art.9 del RD 259/2009 . Opción en favor del otro progenitor.

1. En virtud de lo establecido en el artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores y en el artículo 49.c) del Estatuto Básico del Empleado Público, en el caso de que ambos progenitores trabajen, el otro progenitor podrá percibir el subsidio por maternidad siempre y cuando la madre, al iniciarse el periodo de descanso por maternidad, haya optado por que aquél disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del periodo de descanso posterior al parto, bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre.

No obstante, dicha opción podrá ser revocada por la madre si sobrevinieren hechos que hagan inviable su aplicación, tales como ausencia, enfermedad o accidente del otro progenitor, abandono de familia, separación, violencia de género u otras causas análogas.

El art. 14 del RD 259/2009 Solicitud de la prestación económica por maternidad y resolución de la misma.

1. El procedimiento para el reconocimiento del derecho a la prestación por maternidad se iniciará a instancia del interesado, mediante solicitud dirigida a la dirección provincial competente de la correspondiente entidad gestora, según el régimen de encuadramiento, de la provincia en que aquél tenga su domicilio.



Las solicitudes se formularán en los modelos normalizados establecidos por la Administración de la Seguridad Social y deberán contener los datos y circunstancias que establece el artículo 70 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Expresamente, en las solicitudes se indicará el motivo de las mismas, la fecha de inicio y la distribución prevista del periodo de descanso de cada uno de los beneficiarios, así como los datos relativos a la empresa o empresas, si se tratase de trabajadores por cuenta ajena.

3.4.- Doctrina de la Sala IV del TS en materia de interpretación con perspectiva de género.

Recordemos brevemente a continuación en qué casos la Sala IV ha reconocido el derecho a prestaciones de seguridad social y causas de suspensión a supuestos no expresamente previstos en las normas aplicables: las SSTS del Pleno 881/2016, 25 de octubre de 2016 (rcud 3818/2015), y 953/2016, 16 de noviembre de 2016 (rcud 3146/2014), y la STS 1005/2017, 14 de diciembre de 2017 (rcud 2859/2016).

a) La STS 881/2016, 25 de octubre de 2016 (rcud 3818/2015) concede las prestaciones de seguridad social solicitadas en un caso de "gestación por sustitución", porque, si bien la regulación legal y reglamentaria "omite la contemplación de estos supuestos, no es tan cerrada como para impedir su interpretación en el sentido más favorable a los objetivos constitucionales de protección al menor, con independencia de su filiación, y de conciliación de vida familiar y laboral".

Es especialmente destacable esta mención que la STS 881/2016, 25 de octubre de 2016 (rcud 3818/2015), hace a que la falta de regulación expresa no necesariamente impide la interpretación favorable a lo solicitado en base a los objetivos constitucionales de protección del menor.

b) También la STS 953/2016, 16 de noviembre de 2016 (rcud 3146/2014) concede las prestaciones de maternidad solicitadas en otro supuesto de "gestación por sustitución", llevando a cabo una interpretación "integradora" de las normas consideradas, "contempladas a la luz de la sentencia del TEDH de 26 de junio de 2014, en la aplicación que efectúa del artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, que invoca el interés superior del menor cuyo respeto ha de guiar cualquier decisión que les afecte", así como "del artículo 14 y (del artículo) 39.2 CE, que dispone que los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos".

A señalar la interpretación integradora que preconiza la STS 953/2016, 16 de noviembre de 2016 (rcud 3146/2014), en base al interés superior del menor y la protección integral del hijo.

c) Finalmente, la STS 1005/2017, 14 de diciembre de 2017 (rcud 2859/2016), resume así la doctrina sentada por las SSTS 881/2016, 25 de octubre de 2016 (rcud 3818/2015), y 953/2016, 16 de noviembre de 2016 (rcud 3146/2014):

"1º) Las normas en materia de protección de la maternidad han de ser interpretadas a la luz del principio general del interés superior del menor que se integra en el núcleo familiar con el progenitor o progenitores que le prestan atención y cuidados parentales, conforme a lo establecido en el art. 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y al mandato del art. 39 (CE), relativo a la protección a la familia y a la infancia, designio que ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda exegética, así como de acuerdo a la "realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquella" (art. 3.1 CC).

2º) La suspensión de la relación laboral y el reconocimiento de la prestación por maternidad constituye un medio idóneo para preservar las especiales relaciones que median entre el padre/madre y el hijo durante el periodo posterior al nacimiento, por lo que esta situación ha de ser debidamente protegida en la misma forma que lo son la maternidad, la adopción y el acogimiento; con independencia de que la maternidad subrogada no figure como tal y de forma expresa en el elenco de situaciones previstas,..."

A subrayar la mención que la sentencia hace a que el interés superior del menor y la protección de la familia y de la infancia han de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier "duda exegética", así como la apelación que hace a los criterios hermenéuticos del artículo 3.1 CC y a que la situación de maternidad subrogada debe ser protegida, aunque "no figure como tal y de forma expresa en el elenco de situaciones previstas."

d) La doctrina de las sentencias mencionadas ha sido reiterada por varias sentencias posteriores, pudiendo citarse, entre las más recientes, las SSTS 277/2018, 13 de marzo de 2018 (rcud 2059/2016), y 347/2018, 22 de marzo de 2018 (rcud 2770/2016) Aunque la cuestión que resuelve es otra, también la STS 997/2022, 21 de diciembre de 2012 (rcud 3763/2019), menciona las sentencias a las que vengo haciendo referencia.

Por su especial relevancia, merece ser transcrita la reciente STS 13 junio 2023, RCU 1549/2020 que resuelve un supuesto de extensión del criterio para el cese de la convivencia por violencia de género en la pensión de viudedad de las parejas de hecho, con cita de las STS 272/2023, de 13 de abril RCU 793/200, 908/2020, de 14 de octubre (RCU 2753/2018), en la que se resume la **doctrina de la Sala IV sobre la perspectiva de género y el alcance de este principio informador e integrador del ordenamiento jurídico**.

"De la misma forma que decimos en nuestras precitadas sentencias, "El artículo 4 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, sobre "integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas", establece que "la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas".

Además, el artículo 15 de la citada Ley Orgánica 3/2007, dispone que "el principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de todos los Poderes Públicos. (...)".

En la misma línea, pero con carácter más general, el artículo 4.4 de la reciente Ley 15/2022, de 12 de julio (RCL 2022, 1337, 1759), integral para la igualdad de trato y no discriminación, dispone que "el derecho a la igualdad de trato y la no discriminación es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará con carácter transversal en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas", mientras que el artículo 4.4 de la misma ley prevé que "en las políticas contra la discriminación se tendrá en cuenta la perspectiva de género".

También puede ser de interés transcribir el artículo 7, sobre "interpretación", de la citada Ley 15/2022 (RCL 2022, 1337): "La interpretación del contenido de esta ley, así como la actuación de los poderes públicos, se ajustará con los instrumentos internacionales aplicables de los que el Estado sea parte en materia de derechos humanos, así como con la jurisprudencia emitida por los órganos jurisdiccionales internacionales y demás legislación aplicable, y tendrá en cuenta las recomendaciones y resoluciones adoptadas por los organismos internacionales multilaterales y regionales.

Para los efectos del apartado anterior, cuando se presenten diferentes interpretaciones, se deberá preferir aquella que proteja con mayor eficacia a las personas o a los grupos que sean afectados por conductas discriminatorias o intolerantes. La presente ley consagra los niveles mínimos de protección y no perjudica las disposiciones más favorables establecidas en otras normas, debiendo prevalecer el régimen jurídico que mejor garantice la no discriminación."

La STS Pleno 167/2023, de 27 de febrero (RJ 2023, 1533) (rcud. 3225/2021) señala que "Viene de lejos la implicación de esta Sala en la aplicación de la perspectiva de género como mandato interpretativo que emana del art. 4 LO 3/2007, de 22 de marzo (RCL 2007, 586) (LOIEMH), a la hora de efectuar la integración normativa en relación con situaciones en que están en juego instituciones jurídicas encaminadas a la consecución de la igualdad efectiva de oportunidades de hombres y mujeres.

Como recuerda la STS Pleno 79/2020, de 29 de enero (RTC 2020, 79), rcud. 3097/2017, esta Sala acude por primera vez al enjuiciamiento guiado por la perspectiva de género en la STS Pleno de 21 de diciembre de 2009 (RJ 2010, 446), rcud. 2011/2009, mediante el examen de la transversalidad del principio de igualdad a través de una interpretación normativa que fuera acorde con los postulados impuestos por la LOIEMH.

Juzgar con perspectiva de género supone la interpretación de las normas procurando la mayor igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres (STS 997/2022, de 21 de diciembre (RJ 2022, 5537), rcud. 3763/2019), en tanto que se trata de un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas. Ello significa, por un lado, que la igualdad entre mujeres y hombres constituye valor supremo del ordenamiento jurídico; y, por otro, que consecuentemente, la aplicación de tal principio debe considerarse criterio hermenéutico imprescindible para la interpretación de las normas jurídicas (STS 747/2022, de 20 de septiembre (RJ 2022, 4781), rcud. 3353/2019)".

En igual sentido, la precitada STS 272/2023, de 14 de abril, identifica algunos de los numerosos precedentes en los que esta Sala IV ha aplicado en ese mismo principio en las SSTS 864/2018, 26 de septiembre de 2018 (RJ 2018, 5054) (rcud 1352/2017); 778/2019, 13 de noviembre de 2019 (rec. 75/2018); 815/2019, 3 de diciembre de 2019 (RJ 2019, 5489) (rec. 141/2018); 115/2020, 6 de febrero de 2020 (RJ 2020, 5698) (rcud. 3801/2017); 580/2020, 2 de julio de 2020 (RJ 2020, 2604) (rcud. 201/2018); 908/2020, 14 octubre 2020 (RJ 2020, 4138) (rcud. 2753/2018); 645/2021, 23 junio 2021 (rec. 161/2019); y 747/2022, 20 de septiembre de 2022 (RJ 2022, 4781) (rcud. 3353/2019).



Entre todas ellas, por su especial relevancia en la resolución de este asunto, debemos destacar de manera singular la STS 79/2020, de 29 de enero (RJ 2020, 391) (rcud. 3097/2017), dictada precisamente en el ámbito de la prestación en favor en familiares, en la que reiteramos esa "obligación de jueces y tribunales de incorporar la perspectiva de género en lo que constituye su actuación como Poder del Estado, esto es, en la interpretación y aplicación de las normas".

3.5.- Solución del caso concreto .

Partiendo la normativa y doctrina que acabamos de exponer , **el recurso debe ser desestimado**. Se trata de determinar si, una vez iniciado el período de disfrute inicialmente comunicado al INSS y concedido por éste de suspensión del contrato de trabajo para cuidado de menor de 12 años, el progenitor distinto de la madre puede modificarlo, previo acuerdo con la empresa y con ello modificar el período de abono de la prestación del subsidio por nacimiento y cuidado de menor.

En la prestación por nacimiento y cuidado de menor el art.177 LGSS considera situaciones protegidas el nacimiento del menor durante los períodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en los apartados 4, 5 y 6 del artículo 48.

Se trata, por tanto, de una **situación protegida claramente tributaria del período de suspensión del contrato de trabajo prevista en el art.48.4 ET** .

Este **derecho de suspender el contrato de trabajo** para el cuidado de menor de 12 años es un **derecho individual de la persona trabajadora** sin que pueda transferirse su ejercicio al otro progenitor.

La **suspensión del contrato de trabajo, transcurridas las primeras seis semanas inmediatamente posteriores al parto, podrá disfrutarse en régimen de jornada completa o de jornada parcial, previo acuerdo entre la empresa y la persona trabajadora**, y conforme se determine reglamentariamente.

La **persona trabajadora deberá comunicar a la empresa**, con una antelación mínima de quince días, el ejercicio de este derecho en los términos establecidos, en su caso, en los convenios colectivos.

Dentro de los requisitos que establece la Ley está la comunicación a la empresa con antelación mínima de 15 días, pero **nada se dice de la posibilidad de, una vez comunicado dicho disfrute a la empresa, poder modificar las fechas de disfrute**, siempre que el menor tenga menos de 12 meses y que hayan transcurrido las seis semanas inmediatamente anteriores al parto.

En el **reglamento anterior de desarrollo de la prestaciones de paternidad y maternidad** (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...) se **sigue hablando de prestaciones de maternidad y paternidad, pues no se ha adaptado a la nueva normativa introducida por el RD-ley 6/2019** .

Dicho **Reglamento de 2009, muy anterior**, por tanto, al RD-ley 6/2019, **debe ser aplicado e interpretado en el sentido que impone la norma que establece en su Disposición Adicional única**, conforme a la que todas las referencias realizadas en textos normativos a las prestaciones y permisos de maternidad y paternidad se entenderán referidas a las nuevas prestaciones y permisos contemplados en este real decreto-ley **y en su Disposición Derogatoria única**, conforme a la que quedan derogadas cuantas normas de igual o inferior rango se opongan o contradigan lo dispuesto en el presente real decreto-ley dando al gobierno un plazo de 6 meses para el desarrollo reglamentario.

Como quiera que a **fecha del hecho causante el desarrollo reglamentario de los arts.177 - 180 LGSS no se ha producido, la aplicación del Reglamento de 2009 debe partir de la cautela que imponen las citadas Disposiciones adicionales y derogatorias del RD-ley 6/2019**, y en su interpretación debe estarse fundamentalmente al **criterio teleológico que expresa su Exposición de motivos**, y que se pretende con la equiparación de los períodos de suspensión del contrato de trabajo y la correlativa protección de Seguridad Social derivados del nacimiento y cuidado de hijos por ambos progenitores : *".. la consecución de la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres, en la promoción de la conciliación de la vida personal y familiar, y en el principio de corresponsabilidad entre ambos progenitores, elementos ambos esenciales para el cumplimiento del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres en todos los ámbitos "*

Pues bien, una **interpretación con perspectiva de género** de la normativa aplicable al caso nos lleva, como decíamos, a la desestimación del recurso.

El art.48.4 del Estatuto de los trabajadores /as sólo condiciona el ejercicio del derecho individual del progenitor distinto de la madre tras las 6 semanas obligatorias inmediatamente posteriores al parto, a que se distribuya **a su voluntad**, en períodos semanales a disfrutar de forma acumulada o interrumpida y ejercitarse



desde la finalización de la suspensión obligatoria posterior al parto hasta que el hijo o la hija cumpla doce meses. .

La ley es clara en que **la distribución de los períodos se produce de forma acumulada o interrumpida y ha de ejercitarse desde la finalización de la suspensión obligatoria posterior al parto hasta que el hijo o la hija cumpla doce meses.**

Como **requisitos adicionales**, se establece que la suspensión podrá disfrutarse en régimen de jornada completa o de jornada parcial, previo acuerdo entre la empresa y la persona trabajadora, y conforme se determine reglamentariamente.

Además, la persona trabajadora deberá comunicar a la empresa, con una **antelación mínima de quince días**, el ejercicio de este derecho en los términos establecidos, en su caso, en los convenios colectivos.

Como **primera conclusión**, respecto de la suspensión del contrato de trabajo por nacimiento de cuidado de menor de 12 meses, **no hay ningún precepto de rango legal que prohíba o impida la modificación del período de disfrute, incluso habiendo un acuerdo previo, siempre que medie nuevo acuerdo con la empresa y preaviso de 15 días.**

En cuanto **al régimen del subsidio**, que es de lo que aquí se trata, el INSS invoca los arts.8.12 y 14 y 26.8 del RD 295/2009, de lo que considera que una vez cursada la solicitud inicial no pueden alterarse los períodos de disfrute; y se basa para ello en que el subsidio se extingue por la reincorporación voluntaria al trabajo del beneficiario del subsidio con anterioridad al cumplimiento del plazo máximo de duración del mencionado periodo de descanso.

Pues bien, **la Sala no comparte dicho criterio puesto que los principios que orientan la reforma introducida por el RD-ley 6/2019, buscan la promoción de la conciliación de la vida personal y familiar, y el principio de corresponsabilidad entre ambos progenitores, y por esa razón dotan de mayor flexibilidad al sistema de suspensión del contrato y correlativo subsidio.** No podemos acudir a interpretaciones restrictivas de un reglamento anterior a la Ley (que no ha sido desarrollada reglamentariamente), y que está derogado en todo aquello que se le oponga, para suprimir la flexibilidad que la ley impone en el art.48.4 ET, conforme al que la suspensión del contrato *podrá distribuirse a voluntad de los progenitores*, en períodos semanales a disfrutar de forma acumulada o interrumpida y *ejercitarse desde la finalización de la suspensión obligatoria posterior al parto hasta que el hijo o la hija cumpla doce meses.*

Una interpretación con perspectiva de género del régimen legal del subsidio, partiendo de que no hay un desarrollo reglamentario posterior y que el reglamento de 2009 no responde a los mismos principios que el RD-ley 6/2019 , **nos lleva a concluir que**, a falta de una limitación o prohibición legal o reglamentaria expresa de la posibilidad de modificar el período de disfrute, una vez se ha concedido el subsidio por un periodo inicialmente determinado, **su modificación ha de permitirse a voluntad del progenitor/a siempre que cumpla con los requisitos legales, es decir:**

- **que se disfrute desde la finalización de la suspensión obligatoria posterior al parto hasta que el hijo o la hija cumpla doce meses.**
- **que sea en régimen de jornada completa o de jornada parcial, previo acuerdo entre la empresa y la persona trabajadora,**
- **que se comunique a la empresa, con una antelación mínima de quince días, el ejercicio de este derecho; y**
- **que se comunique a la Entidad Gestora, con devolución, en su caso, del subsidio recibido, para su disfrute en la nueva fecha solicitada.**

Por todo ello, procede la desestimación del recurso, sin costas.

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

FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso de suplicación interpuesto por la representación procesal del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL , frente a la sentencia nº 241/2022, dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Sabadell en fecha 30/06/2022 en los autos nº 280/2021, que confirmamos en su totalidad.

Sin costas



Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia se devolverán los autos al Juzgado de instancia para su debida ejecución.

La presente resolución no es firme y contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. El recurso se preparará en esta Sala dentro de los diez días siguientes a la notificación mediante escrito con la firma de Letrado debiendo reunir los requisitos establecidos en el Artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el artículo 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, depositará al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en BANCO SANTANDER, cuenta N° 0965 0000 66, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, con las exclusiones indicadas en el párrafo anterior, y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER, cuenta N° 0965 0000 80, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos. La parte recurrente deberá acreditar que lo ha efectuado al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

Podrá sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento de la condena por aval solidario emitido por una entidad de crédito dicho aval deberá ser de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento.

Para el caso que el depósito o la consignación no se realicen de forma presencial, sino mediante transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, en dichas operaciones deberán constar los siguientes datos:

La cuenta bancaria a la que se remitirá la suma es IBAN ES 55 0049 3569 920005001274. En el campo del "ordenante" se indicará el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y el NIF o CIF de la misma.

Como "beneficiario" deberá constar la Sala Social del TSJ DE CATALUÑA. Finalmente, en el campo "observaciones o concepto de la transferencia" se introducirán los 16 dígitos indicados en los párrafos anteriores referidos al depósito y la consignación efectuados de forma presencial.

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

Publicación.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, de lo que doy fe.