

**Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia 864/2018 de 26  
Sep. 2018, Rec. 1352/2017**

**Ponente: Arastey Sahún, María Lourdes.**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 1352/2017

Ponente: Excma. Sra. D.<sup>a</sup> Maria Lourdes Arastey Sahun

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Escudero Cinca

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Social**

**Sentencia núm. 864/2018**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D.<sup>a</sup>. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

D.<sup>a</sup>. Maria Lourdes Arastey Sahun

D. Antonio V. Sempere Navarro

D.<sup>a</sup>. Maria Luz Garcia Paredes

En Madrid, a 26 de septiembre de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), ambas entidades representadas y asistidas por la letrada de la Administración de la Seguridad Social, contra la sentencia dictada el 15 de diciembre de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, en recurso de suplicación nº 61/2016, interpuesto contra la sentencia de fecha 1 de octubre de 2015, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de los de Cuenca, en autos núm. 304/2014, seguidos a instancia de D.<sup>a</sup>. Consuelo y D. Julio contra las ahora recurrentes.

Han comparecido como parte recurrida D.<sup>a</sup>. Consuelo y D. Julio, ambos representados y asistidos por el letrado D. Francisco Javier Cabero Diéguez.

Ha sido ponente la Excma. Sra. D.<sup>a</sup> Maria Lourdes Arastey Sahun.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 1 de octubre de 2015 el Juzgado de lo Social nº 1 de los de Cuenca dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

"PRIMERO.- En fecha 21 de enero de 2014 D.<sup>a</sup>. Consuelo, con D.N.I. nº NUM000, solicita a la Entidad Gestora el pago directo de la prestación de maternidad con inicio el 14 de enero de 2014, no solicitando en ese momento la actora la opción de ceder parte del descanso de maternidad a favor del otro progenitor, D. Julio.

SEGUNDO.- Con fecha 21 de enero de 2014 la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social en Cuenca dicta Resolución aprobatoria de la prestación de maternidad con fecha

de 14 de enero de 2014 y fecha de vencimiento de 5 de mayo de 2014, con una base reguladora de 29,19€ diarios.

**TERCERO.-** En fecha 24 de enero de 2014 la actora solicita que desea ceder parte del descanso de maternidad a favor del otro progenitor, D. Julio, con D.N.I. n° NUM001.

**CUARTO.-** Con fecha 30 de enero de 2014 la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social en Cuenca dicta resolución denegatoria de la solicitud de la actora del ejercicio de opción del. derecho de ceder parte del descanso de maternidad a favor del otro progenitor con posterioridad a la solicitud inicial de reconocimiento de la prestación de maternidad. Contra la misma la actora presenta reclamación previa, en tiempo y forma, la cual es desestimada por nueva Resolución de fecha 18 de febrero de 2014, agotándose con ello el trámite administrativo previo.

**QUINTO.-** En el momento de presentar la actora su escrito de cambio de opción, en fecha 23 de enero de 2014, la misma se encontraba trabajando, no así el otro progenitor que se encontraba en situación legal de desempleo."

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

"Que estimo la excepción de falta de acción planteada por la representación letrada del Instituto Nacional de la Seguridad Social y de la Tesorería General de la Seguridad Social de D. Julio.

Que desestimo la demanda formulada por D<sup>a</sup>. Consuelo, sobre impugnación de resolución (prestaciones de maternidad), en contra del Instituto Nacional de la Seguridad Social y de la Tesorería General de la Seguridad Social, absolviendo a las demandadas de los pedimentos deducidos de la misma y confirmando en su integridad la resolución impugnada."

**SEGUNDO.-** La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D<sup>a</sup>. Consuelo y D. Julio ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, la cual dictó sentencia en fecha 15 de diciembre de 2016, en la que consta el siguiente fallo:

"Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación de Dña. Consuelo contra la sentencia dictada el 1-10-15 por el Juzgado de lo Social de Cuenca, en virtud de demanda presentada por la indicada y el Sr. Julio contra el INSS y la TGSS, y en consecuencia revocando la reseñada resolución y estimando la demanda, debemos reconocer el derecho de la interesada a ceder parte de la prestación por maternidad al otro progenitor, en los términos solicitados e indiscutidos entre las partes, y debemos condenar y condenamos a los demandados a estar y pasar por la anterior declaración, dando cumplimiento a la misma. Sin costas."

**TERCERO.-** Por la representación del INSS y de la TGSS se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación.

A los efectos de sostener la concurrencia de la contradicción exigida por el art. 219.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), el recurrente propone como sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 18 de abril de 2102, (rollo 4956/2009).

**CUARTO.-** Por providencia de esta Sala de fecha 22 de junio de 2017 se admitió a trámite el presente recurso y se dio traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

Evacuado el traslado de impugnación, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de considerar el recurso improcedente.

**QUINTO.-** Instruida la Excma. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 26 de septiembre de 2018, fecha en que tuvo lugar.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** 1. La Entidad Gestora acude a la casación unificadora por infracción de doctrina frente a la sentencia de la Sala de lo Social castellano-manchega que, revocando la sentencia del Juzgado de instancia, acoge favorablemente la pretensión de la demandante inicial y le reconoce el derecho a ceder parte de la prestación por maternidad al otro progenitor.

2. Como es de ver en el relato fáctico de la sentencia del Juzgado -inalterado en sede de suplicación y que antes hemos reproducido-, la trabajadora inició la situación protegida de maternidad con fecha de efectos de 14 de enero de 2014. Tres días después de la solicitud inicial -el 24 de enero- comunicó al INSS la cesión de parte del descanso por maternidad en favor del otro progenitor. La Entidad Gestora deniega el derecho a la cesión por no ser coetánea tal petición con la de la prestación misma.

3. El recurso se desarrolla a través de un único motivo, sosteniendo que no cabe la cesión del derecho cuando la madre no ha efectuado tal opción en el momento de inicio del periodo de descanso por maternidad.

4. El INSS invoca, como sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia el 18 abril 2012 (rollo 4956/2009).

Dicha sentencia daba respuesta al litigio suscitado por la misma causa de denegación que la que se contenía en la resolución administrativa aquí combatida. No obstante, tal analogía de situaciones fácticas y pretensiones, la sentencia referencial mantiene el mismo criterio que la Entidad Gestora, señalando que la opción ya se entiende ejercitada cuando, al inicio de la prestación, no se indica que ésta será cedida al padre.

Concorre, pues, la contradicción exigida por el art. 219.1 LRJS puesto que, pese a las identidades exigidas por el mismo, las sentencias comparadas llegan a resultados diametralmente opuestos.

**SEGUNDO.-** 1. El recurso denuncia la infracción de los arts. 133 bis y ter de la Ley General de la Seguridad Social -TR de 1994- (LGSS), en relación con el art. 48.4 del Estatuto de los trabajadores (ET) y con los arts. 3.5 y 9.1 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.

Insiste la Entidad Gestora recurrente en que la actora optó por efectuar la cesión del descanso en favor del otro progenitor en fecha 24 de enero de 2014, siendo así que la prestación venía lucrándose con efectos de 14 de enero.

2. Con arreglo al art. 133 ter LGSS pueden ser beneficiarios del subsidio de maternidad "los trabajadores por cuenta ajena, cualquiera que sea su sexo, ...".

La prestación se fundamenta sobre el derecho a la suspensión del contrato de trabajo que se establece en el art. 48.4 ET. Es ésta una causa de suspensión que se reconoce a la trabajadora por razón del parto, pero que, no obstante, permite el disfrute por parte del otro progenitor en los términos de los apartados segundo y tercero del mismo. En concreto, partiendo de la titularidad de la madre, el apartado segundo permite a ésta optar porque sea el otro progenitor quien disfrute de una parte del periodo de descanso posterior al parto - salvaguardando en todo caso las seis semanas posteriores al parto que no pueden ser objeto de cesión y son de obligatorio descanso para la trabajadora que haya dado a luz-.

En lo que aquí interesa, el citado art. 48.4 párr. 2º ET establece que "... la madre, al iniciarse el periodo de descanso por maternidad, podrá optar por que el otro progenitor disfrute de una parte...".

El desarrollo reglamentario de las normas legales sobre la protección de maternidad lo hallamos en el mencionado RD 295/2009. En particular, el art. 9 regula la opción en favor del otro progenitor disponiendo literalmente lo siguiente: "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.

2. En supuestos de pluriempleo o de pluriactividad de la madre, la opción que realice para el disfrute de parte del descanso en favor del otro progenitor deberá ser coincidente, en cuanto al número de días cedidos, en los dos empleos o actividades.

3. En los casos de parto, cuando ambos progenitores compartan los periodos de descanso, no procederá el reconocimiento de un subsidio por riesgo durante la lactancia natural, en tanto no se hayan agotado totalmente dichos periodos, cualquiera que fuere el progenitor que los disfrute.

A tal efecto, quedará anulada la opción ejercitada por la madre en favor del otro progenitor y aquélla deberá reanudar el disfrute de la parte que reste del permiso por maternidad cuando, habiéndose reincorporado al trabajo, se aprecie la existencia de riesgo durante la lactancia natural que dé lugar a la suspensión de la actividad laboral".

A ello cabe añadir que el art. 14.2 del RD 295/2009, prescribe que "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. Hemos de iniciar el análisis de la situación controvertida recordando que la prestación de maternidad es subsidiaria del derecho del trabajador concernido a la suspensión de su contrato de trabajo, siendo ésta la situación sobre la que se despliega la protección de Seguridad Social.

En el caso de la madre biológica el ordenamiento jurídico le confiere el derecho a suspender su contrato por el periodo legalmente fijado al respecto y, asimismo, a ceder parte de ese derecho a la suspensión al otro progenitor. Ello supone que éste último no puede acceder a la situación protegida si la madre no efectúa previamente la opción en su favor.

4. Ahora bien, el requisito del momento en que dicha opción se ejercita no puede ser examinado con el estricto rigor formalista con el que lo hace la Entidad Gestora -así como la sentencia de contraste-. De interpretar que la norma reglamentaria exige que la opción se efectúe con la solicitud de la prestación de la propia trabajadora, estaríamos afirmando que tal requisito formal actúa de verdadera condición del propio derecho a la prestación del otro progenitor.

5. No podemos compartir esa perspectiva. Por el contrario, la lectura que cabe hacer guarda relación con la lógica de exigir que la opción de la trabajadora -titular del derecho- se exprese formalmente antes de que el otro progenitor pueda, a su vez, disfrutar del descanso por causa del nacimiento y, por tanto, pueda hallarse en la situación protegida por la correspondiente prestación. Así, la previsión de que la opción se efectúe al inicio ha de ponerse en relación con el momento en que el otro progenitor -titular del derecho por derivación- accede al ejercicio de sus derechos. De este modo, lo que el art. 48.4 par. segundo indicaría con la expresión "al iniciarse el periodo de descanso por maternidad" es que la trabajadora carece de la posibilidad de optar por la cesión si, a su vez, no se ha iniciado su periodo de descanso, en tanto que solo puede ceder el derecho a partir del momento en que ella misma reúne los requisitos para ejercerlo.

La interpretación de normas del ordenamiento jurídico debe guiarse por lo dispuesto en el art. 4 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIMH), que señala 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". Nos encontramos aquí ante normas con particular y directa incidencia en los derechos de igualdad de oportunidades que se rigen por el principio de transversalidad de obligado acatamiento por todos los poderes públicos (art. 15 LOIMH).

6. Esta Sala IV del Tribunal Supremo ya tuvo ocasión de enfrentarse a la misma cuestión relativa al momento de ejercicio de la opción de la trabajadora en el asunto resuelto por la STS/4ª de 20 mayo 2009 (rcud. 3749/2008). En aquel supuesto la Entidad Gestora denegaba la prestación del otro progenitor porque la madre trabajadora no presentó la opción hasta 15 días después de haber efectuado la solicitud de su propia prestación.

En aquella ocasión, la norma reglamentaria era la contenida en el RD 1251/2001, sin embargo, ni el texto de aquélla difiere en esencia del vigente, ni nuestras razones se ceñían a la literalidad de las reglas de legislación secundaria que en ellos se contienen.

7. Pusimos entonces de relieve que el eventual derecho del otro progenitor a la protección por la contingencia de maternidad no está condicionada en el art. 133 ter LGSS a que la madre efectúe la opción al inicio de su propia solicitud del subsidio. Y aun cuando la norma reglamentaria exija la distribución prevista del descanso entre la madre y el otro progenitor, nada indica sobre las consecuencias de la falta de comunicación al respecto.

Asimismo, destacábamos el perjuicio que supondría para el otro progenitor en comparación con lo que los mismos preceptos legales establecen para los casos de adopción o acogimiento, dado que respecto de tal situación no se indica momento específico alguno para la opción.

8. De ahí que, ciertamente, ni el reglamento puede introducir requisitos no amparados por la norma legal a la que sirve de desarrollo, ni tampoco sería admisible que se concluyera con la negación del derecho, sin que ni siquiera se permita la eventual alteración o subsanación de la falta de opción inicial.

Por ello, hemos de mantener el mismo criterio que plasmábamos en la citada sentencia, en el sentido de recordar que la opción por la cesión se rige por los plazos de solicitud, prescripción y caducidad de los arts. 43 y 44 INSS, "si bien la trabajadora deberá de tener en cuenta que, como el subsidio de maternidad se le viene abonando a ella por la Entidad Gestora, en el momento en que se reincorpore al trabajo por iniciar el padre el descanso, deberá poner tal hecho en conocimiento de dicha Entidad, a fin de evitar pagos indebidos y facilitar el abono al padre de dicha prestación".

**TERCERO.-** 1. Lo expuesto nos lleva a desestimar el recurso del INSS, tal y como también propone el Ministerio Fiscal, puesto que es la sentencia recurrida la que contiene la doctrina ajustada a Derecho.

2. De conformidad con lo dispuesto en el art. 235.1 LRJS, no procede hacer condena en costas.

## **FALLO**

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

desestimar el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de fecha 15 de diciembre de 2016 (rollo 61/2016) recaída en el recurso de suplicación formulado por Dª. Consuelo y D. Julio contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de los de Cuenca de fecha 1 de octubre de 2015 en los autos núm. 304/2014 seguidos a instancia de dichos recurrentes en suplicación contra las ahora recurrentes en esta instancia. Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.