



Roj: **STS 2348/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:2348**

Id Cendoj: **28079140012020100518**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **30/06/2020**

Nº de Recurso: **1990/2018**

Nº de Resolución: **561/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación para la unificación de doctrina**

Ponente: **ANGEL ANTONIO BLASCO PELLICER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 1990/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Blasco Pellicer

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 561/2020

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga

D^a. María Lourdes Arastey Sahún

D. Ángel Blasco Pellicer

D. Juan Molins García-Atance

D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín

En Madrid, a 30 de junio de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Basilio , representado y asistido por el letrado D. Rafael Ruiz Olmos, contra la sentencia dictada el 27 de febrero de 2018 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el recurso de suplicación núm. 657/2017, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Alicante, de fecha 4 de agosto de 2016, recaída en autos núm. 634/2013, seguidos a instancia de D. Basilio , frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social, sobre Prestación por Paternidad.

Ha comparecido en concepto de parte recurrida el Instituto Nacional de la Seguridad Social, representado y asistido por la letrada de la Administración de la Seguridad Social.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ángel Blasco Pellicer.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 4 de agosto de 2016 el Juzgado de lo Social nº 3 de Alicante dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

"PRIMERO.- Don Basilio , con DNI nº NUM000 , afiliación a la Seguridad Social nº NUM001 , y Doña María Dolores , con DNI nº NUM002 , fueron padres de dos niñas gemelas el NUM003 de 2013, quienes a fecha 3 de abril de 2013 aún permanecían hospitalizadas (folios 30 y 31) en el Hospital General de DIRECCION000 (Alicante), en espera de ser sometidas a tratamiento médico-quirúrgico.



SEGUNDO.- Por escrito con fecha de entrada en el INSS, el 10 de mayo de 2013, el aquí demandante solicitó prestaciones por maternidad en los términos reproducidos en la presente demanda.

TERCERO.- Por medio de Resolución con fecha de salida el 2 de mayo de 2013, el INSS desestimó inicialmente la solicitud, haciendo lo propio para con la reclamación administrativa previa mediante Resolución con fecha de salida el 16 de mayo de 2013, por tener la madre de las hijas causantes de la prestación solicitada, una actividad profesional incorporada a la mutualidad de previsión social establecida por el correspondiente Colegio Profesional, con derecho a compensación económica por maternidad, concluyendo que por ello el padre no tendría derecho a la maternidad".

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

"Debo DESESTIMAR Y DESESTIMO ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por Don Basilio , con DNI n° NUM000 y afiliación a la Seguridad Social n° NUM001 , contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, a quien debe absolverse de todos los pedimentos deducidos en su contra en el presente procedimiento, con confirmación de las resoluciones denegatorias del INSS con fechas de salida el 2 de mayo de 2013 (folio 77) y 16 de mayo de 2013 (folio 73)".

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D. Basilio ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, la cual dictó sentencia en fecha 27 de febrero de 2018, en la que consta el siguiente fallo:

"Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de D. Basilio , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º Tres de los de Alicante y su

provincia, de fecha 4 de agosto de 2016, en virtud de demanda presentada a su instancia contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida".

TERCERO.- Por la representación D. Basilio se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga, en fecha 3 de julio de 2014, recurso n.º. 624/2014.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala se procedió a admitir a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

Por la letrada de la Administración de la Seguridad Social, en representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social, se presentó escrito de impugnación, y por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso.

QUINTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 30 de junio de 2020, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- El asunto a que se contrae el presente recurso de casación para la unificación de la doctrina consiste en determinar si tiene derecho a la prestación por maternidad el padre, afiliado al Régimen General de la Seguridad Social, cuando la madre ejerce como Abogada y se halla de alta en la Mutualidad de la Abogacía, la cual le ha reconocido, por dicha circunstancia de maternidad, una prestación económica a tanto alzado.

2.- El padre en cuestión ha formulado el presente recurso de casación unificadora contra la sentencia de la Sala de lo Social de la Comunidad Valenciana de 27 de febrero de 2018, Rec. 657/2017, que confirmó la dictada en la instancia que desestimó la demanda sobre prestaciones por maternidad, ratificando las resoluciones denegatorias del INSS, por tener la madre de las hijas causantes de la prestación solicitada una actividad profesional -la abogacía- incorporada a la Mutualidad de Previsión Social de la Abogacía establecida por el correspondiente colegio profesional, con derecho a compensación económica por maternidad.

Consta en dicha sentencia que el demandante fue padre de dos niñas gemelas el 27 de febrero de 2013. El 10 de junio de 2013 solicitó prestaciones por maternidad, que el INSS le denegó. Tras ser desestimada su demanda en el Juzgado de lo Social, el actor denunció en suplicación la infracción del artículo 34 del Real Decreto 295/2009, argumentando que al haberse acreditado por el certificado de la Mutualidad de la Abogacía que su cónyuge se encontraba de alta en el momento del nacimiento de las niñas y que dicha Mutualidad no contempla en ningún caso la protección por maternidad de 16 semanas retribuidas que la ley establece como descanso por maternidad, la cual es sustituida por una compensación económica, su situación se ha de encuadrar en el párrafo segundo del apartado cuarto del artículo 3 del referido Real Decreto. Asimismo, denunció la infracción del artículo 48.4 del ET habida cuenta que su cónyuge que es abogada no tiene en su



sistema de protección social cobertura alguna que permita suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones, por lo que el demandante se encontraría en el supuesto del precepto invocado. También citó la Directiva 2010/41/UE, de 7 de julio, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma.

3.- La sentencia recurrida recordó diversas sentencias -todas ellas desestimatorias- en las que se había planteado si el padre tiene derecho al permiso de maternidad cuando la madre en la fecha de nacimiento de los hijos está de alta en la Mutuality de la Abogacía. Reitera que en el caso de los abogados nos encontramos con lo siguiente: 1.- La cobertura de la protección por maternidad es obligatoria en la Mutuality de la Abogacía conforme a lo previsto en el artículo 10 de sus Estatutos. 2.- La prestación consiste en el pago de una cantidad a tanto alzado equivalente a 60 días del capital suscrito, lo que es coherente con el sistema de capitalización individual de aportación definida, que rige en la Mutuality frente al sistema de prestaciones definidas financiado por reparto, propio del Sistema de Seguridad Social. 3.- Consciente de la diferente naturaleza de los sistemas aplicables en las Mutualidades y en la Seguridad Social, la norma reglamentaria niega al padre el derecho a lucrar el subsidio del sistema público cuando la madre tenga derecho a las prestaciones por maternidad de la Mutuality "independientemente de su duración o cuantía". Por lo que desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia.

SEGUNDO.- 1.- Para posibilitar el recurso, se invoca como sentencia referencial la dictada por la Sala de lo Social de Andalucía -sede de Málaga- de 3 de julio de 2014, Rec. 624/2014 que confirmó la estimación de la demanda interpuesta en reclamación de prestaciones por maternidad. Se trata de un supuesto en el que el INSS anuló el 12 de abril de 2011 el derecho al percibo del subsidio por maternidad que había reconocido al demandante dos años antes y declaró indebidamente percibidos las cantidades recibidas por la prestación. Por resolución del 18 de noviembre de 2010 se había anulado el derecho al subsidio por maternidad reconocido a la esposa del actor y declarado que había percibido indebidamente 738,13 €. La esposa era mutualista de la Mutuality del Abogacía, que no contempla en ningún caso la protección por maternidad de 16 semanas retribuidas que la Ley establece como descanso por maternidad ni el período de lactancia. La sentencia de instancia consideró que, si bien la legalidad de la anulación de la prestación de la madre deberá verse en el procedimiento correspondiente, el padre tenía derecho a la prestación pues su esposa reunía los requisitos para ceder la prestación por maternidad y el actor para disfrutarlo.

La Sala mantiene la decisión adoptada en la instancia razonando que se está en el caso previsto en el artículo 133 ter de la LGSS (en la redacción vigente al tiempo de producirse los hechos), de padre beneficiario que tiene derecho a la prestación de maternidad, al no tener derecho la madre y cumplir los requisitos exigidos que en relación con el actor no se discuten, y no ser el derecho del padre al subsidio de maternidad un derecho condicionado o derivado del que pueda ostentar la madre y que nazca sólo si la madre tiene derecho y ésta se lo ceda, sino el derecho del padre a la prestación por maternidad se configura como un derecho autónomo y propio del mismo, siempre que cumpla con los requisitos exigidos, entre ellos, el disfrute del permiso estatutario, que no se discute.

2.- Concorre a juicio de la Sala la contradicción en los términos exigidos por el artículo 219 LRJS. Así nos encontramos ante sendas parejas en las que la madre es abogada y se encuentra de alta en la Mutuality de la Abogacía. Los dos padres solicitan la prestación por maternidad al entender que reúnen los requisitos para ello, especialmente, que la madre no goza, en su sistema de protección social, de una prestación que, además le permita suspender su actividad. Las sentencias comparadas llegan a soluciones distintas: la recurrida deniega la prestación, en tanto que la sentencia referencial afirma que tiene derecho al subsidio por maternidad al no ser un derecho condicionado o derivado del que pueda ostentar la madre.

TERCERO.- 1.- Denuncia la recurrente que la sentencia recurrida vulnera el artículo 48.4 ET (en la redacción vigente al tiempo de producirse los hechos), así como el artículo 3.4 del 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, así como la Directiva 2010/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma.

2.- El artículo 3.4 del Real 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y otras contingencias dispone: "En caso de parto, cuando la madre fuera trabajadora por cuenta propia que, en razón de su actividad profesional, estuviera incorporada a la mutualidad de previsión social establecida por el correspondiente colegio profesional, y no tuviera derecho a prestaciones por no estar prevista la protección por maternidad en la correspondiente mutualidad, el otro progenitor, si reúne los requisitos exigidos y disfruta del correspondiente período de descanso, podrá percibir el subsidio por maternidad, como máximo, durante el período que hubiera correspondido a la madre, siendo, además, dicho subsidio compatible con el subsidio por paternidad. Se otorgará el mismo tratamiento cuando



la interesada, por causas ajenas a su voluntad, no reuniera las condiciones exigidas para la concesión de la prestación a cargo de la mutualidad, pese a haber optado por incluir la protección por maternidad desde el momento en que pudo ejercitar dicha opción, con ocasión del ejercicio de la actividad profesional.

Si, por el contrario, la madre tuviese derecho a prestaciones por maternidad en el sistema de previsión derivado de su actividad profesional, independientemente de su duración o de su cuantía, o cuando no alcanzara este derecho por no haber incluido voluntariamente la cobertura de esta prestación, el otro progenitor no tendrá derecho al subsidio en el sistema de la Seguridad Social.

Cuando la madre no tuviese derecho a prestaciones, por no hallarse incluida en el Régimen Especial de la Seguridad Social de Trabajadores por cuenta propia o Autónomos ni en una mutualidad de previsión social alternativa, el otro progenitor podrá percibir el subsidio por maternidad en los términos y con las condiciones que se indican en el primer párrafo de este apartado".

De lo expuesto se infiere que el precepto contempla dos supuestos diferentes en función de que la Mutualidad a la que pertenezca la madre proteja o no la contingencia de maternidad. Si la protege con independencia de la duración o cuantía de la prestación dispensada por dicha entidad, el otro progenitor no tendrá derecho al subsidio por maternidad del Sistema público. En el supuesto de no protección, si el padre reúne los requisitos exigidos y disfruta del oportuno periodo de descanso, podrá devengar la prestación pública como máximo durante el periodo que hubiera correspondido a la madre, siendo, además, compatible con la de paternidad.

3.- En el caso de los abogados resulta que en la Mutualidad de la Abogacía la cobertura de la protección por maternidad es obligatoria y tal prestación consiste en el pago de una cantidad a tanto alzado equivalente a 60 días del capital suscrito, lo que es coherente con el sistema de capitalización individual, de aportación definida, que rige en la Mutualidad frente al sistema de prestaciones definidas financiado por reparto, propio del sistema público de Seguridad Social.

Como dice el artículo 3.4 del Real 295/2009, si la madre tuviese derecho a prestaciones por maternidad en el sistema de previsión derivado de su actividad profesional, independientemente de su duración o de su cuantía, el padre no tendrá derecho al subsidio del sistema de Seguridad Social. La dicción del precepto es lo suficientemente clara para entender que resulta irrelevante que la prestación que otorga la Mutualidad de la Abogacía sea una cantidad a tanto alzado y no una prestación periódica durante un cierto tiempo. Como bien recuerda la sentencia recurrida, la distinción de requisitos entre los diferentes y sucesivos regímenes de previsión social y de Seguridad Social no es discriminatoria, sino acomodación de beneficios a las cargas soportadas, en un sinalagma que no puede ser desconocido cuando se trata de relaciones bilaterales, y ello aunque esta bilateralidad -Entidad Gestora y beneficiario- está influida por principios rectores de política social, sin que pueda seguirse un aparente y simplista criterio de igualdad, porque ante diferentes supuestos y situaciones lo "igual" es distinto como también tiene declarado el Tribunal Constitucional (STC 70/1983, de 26 de julio).

4.- Finalmente, la invocación de la Directiva 2010/41/UE de 7 de julio no resulta pertinente en la medida en que la cuestión aquí suscitada no tiene cabida en el ámbito de la mencionada norma que en su artículo 2, que define su ámbito de aplicación dispone que la Directiva será aplicable a los trabajadores autónomos, o sea, todas las personas que ejerzan, en las condiciones establecidas por el Derecho nacional, una actividad lucrativa por cuenta propia y a los cónyuges de los trabajadores autónomos que no sean empleados o socios de estos últimos, que participen de manera habitual y en las condiciones establecidas por el Derecho nacional en las actividades del trabajador autónomo, efectuando, bien las mismas tareas, bien tareas auxiliares, lo que, evidentemente no ocurre en el caso examinado.

CUARTO.- 1.- Lo expuesto implica que la doctrina correcta se encuentra en la sentencia recurrida, por lo que, tal como informa el Ministerio Fiscal, el recurso debe ser desestimado y confirmada la sentencia recurrida; sin que la Sala deba hacer pronunciamiento alguno sobre costas de conformidad con el artículo 235 LRJS.

FALLO

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

1.- Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Basilio , representado y asistido por el letrado D. Rafael Ruiz Olmos.

2.- Confirmar la sentencia dictada el 27 de febrero de 2018 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el recurso de suplicación núm. 657/2017, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Alicante, de fecha 4 de agosto de 2016, recaída en



autos núm. 634/2013, seguidos a instancia de D. Basilio , frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social, sobre Prestación de maternidad.

3.- No efectuar declaración alguna sobre imposición de costas.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ