

## SUMARIO:

**Prestación por cuidado de hijo menor afectado de cáncer u otra enfermedad grave cuyo beneficiario es el padre. Suspensión por la mutua a raíz del nacimiento de un nuevo hijo, al encontrarse en periodo de descanso por maternidad el otro progenitor.** Teniendo en cuenta que el beneficiario de la prestación es el padre del menor, la suspensión del subsidio únicamente es posible durante el periodo de descanso por paternidad, durante el que ya le fue suspendida la prestación. Pretender además que también se suspenda la prestación del padre por la maternidad de la madre es proyectar sobre la situación del padre una prestación que no le corresponde. La interpretación lógica de la norma es que la prestación de la madre se suspenderá durante los periodos de descanso por maternidad, y la prestación del padre durante los periodos de descanso por paternidad; pero no durante los periodos de descanso del otro u otra, habida cuenta de la individualización de los derechos de conciliación, por lo que la suspensión de la prestación se aplica al beneficiario de la misma que disfruta de su permiso y la correspondiente prestación de maternidad o paternidad, pero no tiene sentido suspenderla si el beneficiario de aquella no disfruta de dichos permisos y prestaciones (como es este caso en que al padre, después de haber agotado su permiso y su prestación como padre, se le suspende por los de la madre). Aunque es verdad que la normativa vigente obliga a los dos progenitores a estar afiliados y en alta, o más precisamente, a estar trabajando, esta exigencia concurre cuando la madre se encuentra en descanso por maternidad, pues estamos ante una suspensión de la relación laboral en los términos establecidos en el artículo 46 del ET que no supone la baja en la Seguridad Social. Podría contra argumentarse que la madre en esa circunstancia podría dedicarse al cuidado del menor con cáncer u otra enfermedad grave. Tal interpretación desconoce la realidad de la situación en la que se encuentra una familia con un recién nacido y otro menor con cáncer u otra enfermedad grave a su cuidado, y supondría desprotegerla ante una de esas dos situaciones de necesidad cuando en la realidad de las cosas ambas situaciones concurren. Desde la perspectiva de la protección de la maternidad que inspira el artículo 8 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, supondría anular una consecuencia desfavorable a la maternidad, y por ello, supondría discriminación directa (en este caso sufrida por el otro progenitor por la maternidad de la madre).

## PRECEPTOS:

RD 1148/2011 (Prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave), arts. 4.1 y 7.2 a).

Ley Orgánica 3/2007 (Igualdad), art. 8.

## PONENTE:

*Don Juan Luis Martínez López.*

Magistrados:

Don JOSE MANUEL MARIÑO COTELO

Don JUAN LUIS MARTINEZ LOPEZ

Don JOSE FERNANDO LOUSADA AROCHENA

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA -SECRETARÍA SRA. FREIRE CORZO**

PLAZA DE GALICIA S/N

15071 A CORUÑA

Tfno: 981-184 845/959/939

Fax: 881-881133/981184853

NIG: 36057 44 4 2018 0002148

Equipo/usuario: MM

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPPLICACION 0003436 /2019-RMR

Procedimiento origen: SEGURIDAD SOCIAL 0000430 /2018

Sobre: OTROS DCHOS. SEG.SOCIAL

RECURRENTE/S D/ña Ovidio

ABOGADO/A: EUGENIO MOURE GONZALEZ

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: MUTUA MC MUTUAL

ABOGADO/A: LUIS MANUEL RODERO DIAZ

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

ILMO. SR. D. JOSÉ MANUEL MARIÑO COTELO

ILMO. SR. D. JUAN LUIS MARTÍNEZ LÓPEZ

ILMO. SR. D. FERNANDO LOUSADA AROCHENA

A CORUÑA, A DIECIOCHO DE DICIEMBRE DE DOS MIL DIECINUEVE.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

**S E N T E N C I A**

En el RECURSO SUPPLICACION 0003436/2019, formalizado por EL LETRADO D. EUGENIO MOURE GONZÁLEZ, EN NOMBRE Y REPRESENTACIÓN DE D. Ovidio, contra la sentencia dictada por XDO. DO SOCIAL N. 4 de DIRECCION000 en el procedimiento SEGURIDAD SOCIAL 0000430 /2018, siendo Magistrado- Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/Dª JUAN LUIS MARTINEZ LOPEZ.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO: D/D<sup>a</sup> Ovidio presentó demanda contra MUTUA MC MUTUAL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia de fecha tres de abril de dos mil diecinueve.

**Segundo.**

Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes:

"Primero.- La Mutua demandada venía abonando la prestación por el cuidado hijo menor por cáncer u otra enfermedad grave, con unan base reguladora diaria de 91,03 euros, con efectos económicos de 01-11-16. Se acordó prorroga hasta el 31-03-18.- Segundo.- El demandante comunicó el nacimiento de un nuevo hijo, motivo por el cual la Mutua acordó suspender la prestación con efectos de 18-03-18 al 26-05-18, por encontrarse en periodo de descanso por maternidad el otro progenitor.- Tercero.- Presentada reclamación previa, la misma fue desestimada por resolución de 03-08-18 el entender que al no estar trabajando el otro progenitor, puede hacerse cargo del menor.- Cuarto.- La progenitora finalizaba el descanso por maternidad de seis semanas el 18-03, y el descanso por paternidad del demandante finalizaba el 05-03".

**Tercero.**

Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

"Que debo desestimar y desestimo íntegramente la demanda formulada por D. Ovidio contra la mutua MUTUAL, a la que absuelvo de las pretensiones en su contra deducidas".

**Cuarto.**

Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandante, siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO****Único.**

La sentencia de instancia desestima la demanda formulada por el actor en la cual se reclamaba el derecho a seguir percibiendo la prestación de cuidado de menor por enfermedad grave que la Mutua demandada suspendió por encontrarse el otro progenitor en periodo de descanso por maternidad, absolviendo en consecuencia a la Mutua demandada de la referida pretensión deducida en la demanda rectora.

La argumentación desplegada en la sentencia de instancia para alcanzar esa absolución se construye sobre la interpretación del artículo 7.2 del Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo en el sistema de la Seguridad Social de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave.

Contra dicha resolución interpone recurso de suplicación la parte accionante y al amparo del apartado c) del artículo 193 de la L.R.J.S., denuncia infracción del artículo 7.2 y 4 del citado Real Decreto 1148/2011, suplicando se reconozca su derecho al percibo de la prestación por cuidado de menor por enfermedad grave con efectos a partir del día en que dejó de abonarse ésta, es decir el 18/03/2018, condenando a la Mutua demandada.

La Mutua demandada, ahora recurrida, solicita la confirmación de la sentencia de instancia, incidiendo en que el artículo 4.1 del citado Real Decreto 1148/2011, en consonancia con el artículo 190 de la L.G.S.S., establece como requisito obligatorio para ser beneficiario de la prestación el que ambos progenitores deben estar afiliados y en alta, lo que no acontece si, como es el caso, la madre está en descanso por maternidad.

2. El invocado artículo 7.2 del mencionado Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, establece que "la percepción del subsidio quedará en suspenso: a) En las situaciones de incapacidad temporal, durante los períodos de descanso por maternidad o paternidad, en los supuestos de riesgo durante el embarazo y de riesgo durante la lactancia natural y, en general, cuando la reducción de la jornada de trabajo por cuidado de menores afectados de cáncer u otra enfermedad grave concorra con cualquier causa de suspensión de la relación laboral. No obstante cuando, por motivos de salud, la persona que se hacía cargo del menor no pueda atenderle y se encuentre en situación de incapacidad temporal o en período de descanso obligatorio de maternidad por nacimiento de un nuevo hijo, podrá reconocerse un nuevo subsidio al otro progenitor, adoptante o acogedor, siempre que reúna los requisitos para tener derecho al subsidio".

Ha de tenerse en cuenta que el beneficiario de la prestación es el padre del menor y de acuerdo con el citado artículo la suspensión del subsidio únicamente sería posible durante el periodo de descanso por paternidad,

durante el que ya le fue suspendida la prestación. Pretender además que también se suspenda la prestación del padre por la maternidad de la madre es proyectar sobre la situación del padre una prestación que no le corresponde. Y es que la interpretación lógica de la norma es que la prestación de la madre se suspenderá durante los periodos de descanso por maternidad, y la prestación del padre durante los periodos de descanso por paternidad; pero no durante los periodos de descanso del otro u otra. Lo que se compadece con la individualización de los derechos de conciliación.

La precisión contenida en el último inciso de la norma citada como infringida prevista para el supuesto de que, por motivos de salud, la persona que se hacía cargo del menor no pueda atenderle y se encuentre en período de descanso obligatorio de maternidad por nacimiento de un nuevo hijo, es inaplicable al otro progenitor por su propia literalidad; y además su consecuencia jurídica de reconocer un nuevo subsidio al otro progenitor, siempre que reúna los requisitos para tener derecho al subsidio, supone conceder el beneficio de la conservación de la prestación, lo que pugna con una interpretación a contrario sensu que supondría una restricción que sería contraria al espíritu de esta excepción tendente a conservar la prestación.

En conclusión, la suspensión de la prestación se aplica al beneficiario de la misma que disfruta de su permiso y la correspondiente prestación de maternidad o paternidad, pero no tiene sentido suspenderla si el beneficiario de aquella no disfruta de dichos permisos y prestaciones (como es el caso de autos en que al padre, después de haber agotado su permiso y su prestación como padre, se le suspende por los de la madre).

3. Conviene añadir, para dar respuesta a la argumentación de la Mutua en su impugnación del recurso de suplicación, que además es la que esgrimió para acordar la suspensión de la prestación en la vía previa, que la Sala no comparte la interpretación que se hace del artículo 190 de la L.G.S.S., y del artículo 4.1 del citado Real Decreto 1148/2011, pues, aunque es verdad que la normativa vigente obliga a los dos progenitores a estar afiliados y en alta, o más precisamente, a estar trabajando, esta exigencia entiende la Sala que concurre cuando la madre se encuentra en descanso por maternidad pues estamos ante una suspensión de la relación laboral en los términos establecidos en el artículo 46 del Estatuto de los Trabajadores que no supone la baja en la Seguridad Social. Podría contra argumentarse que la madre en esa circunstancia podría dedicarse al cuidado del menor con cáncer u otra enfermedad grave. Tal interpretación desconoce la realidad de la situación en la que se encuentra una familia con un recién nacido y otro menor con cáncer u otra enfermedad grave a su cuidado, y supondría desprotegerla ante una de esas dos situaciones de necesidad cuando en la realidad de las cosas ambas situaciones concurren. Desde la perspectiva de la protección de la maternidad que inspira el artículo 8 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, supondría anudar una consecuencia desfavorable a la maternidad, y por ello, supondría discriminación directa (en este caso sufrida por el otro progenitor por la maternidad de la madre).

4. En consecuencia al no haberlo entendido así la sentencia de instancia es procedente la revocación de la misma previa estimación del recurso de suplicación formulado en los términos contenidos en su suplico.

## FALLAMOS

Estimamos el recurso de suplicación formulado por D. Ovidio, contra la sentencia de fecha tres de abril de 2019, dictada por el Juzgado de lo Social Cuatro de DIRECCION000, en el procedimiento 430/18, seguido a su instancia contra la MUTUA MC MUTUAL, revocando la expresada resolución y estimando la demanda rectora declaramos el derecho del actor al percibo de la prestación de cuidado de menor por enfermedad grave, con efectos a partir del día que dejó de abonarse aquella, es decir el 18.03.2018, condenando a la Mutua demandada a estar y pasar por dicha declaración, con las consecuencias legales inherentes a la misma.

**MODO DE IMPUGNACIÓN:** Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:

- El depósito de 600 € en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº 1552 0000 37 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo.

- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código 80 en vez del 37 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos 0049 3569 92 0005001274 y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento ( 1552 0000 80 ó 37 \*\*\*\* ++).

Una vez firme, expídase certificación para constancia en el Rollo que se archivará en este Tribunal incorporándose el original al correspondiente Libro de Sentencias, previa devolución de los autos al Juzgado de lo Social de procedencia.

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

**PUBLICACIÓN.** Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.