



Roj: **STSJ GAL 1788/2022 - ECLI:ES:TSJGAL:2022:1788**

Id Cendoj: **15030340012022101149**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **08/03/2022**

Nº de Recurso: **5795/2021**

Nº de Resolución: **1047/2022**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **JOSE FERNANDO LOUSADA AROCHENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL**

**A CORUÑA**

**SENTENCIA: 01047/2022**

**SECRETARÍA SRA. FREIRE CORZO//MDM**

PLAZA DE GALICIA S/N

15071 A CORUÑA

**Tfno:** 981-184 845/959/939

**Fax:** 881-881133/981184853

**NIG:** 36057 44 4 2021 0002687

Modelo: 402250

**RSU RECURSO SUPLICACION 0005795 /2021**

**JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS:** SSS SEGURIDAD SOCIAL 0000371/2021 JDO. DE LO SOCIAL nº 002 de DIRECCION000

**RECURRENTE/S:** INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, Bibiana

**ABOGADO/A:** LETRADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, ENRIQUE FONTEBOA VILA , ,

**ILMOS. SRS. MAGISTRADOS**

**D. JOSÉ MANUEL MARIÑO COTELO**

**D. JUAN LUIS MARTÍNEZ LÓPEZ**

**D. FERNANDO LOUSADA AROCHENA**

En A CORUÑA, a ocho de marzo de dos mil veintidós.

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 SUPPLICACIÓN 0005795/2021, formalizado por el letrado don Enrique Fonteboa Vila, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Bibiana , y por el letrado de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia dictada por XDO. DO SOCIAL N. 2 de DIRECCION000 en el procedimiento SEGURIDAD SOCIAL 0000371/2021, seguidos a instancia de D<sup>a</sup> Bibiana frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. FERNANDO LOUSADA AROCHENA.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO:** D<sup>a</sup> Bibiana presentó demanda contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia de fecha doce de julio de dos mil veintiuno.

**SEGUNDO:** En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

"PRIMERO.- Doña Bibiana dio a luz a su hijo Roberto el NUM000 de 2021, solicitando la prestación por maternidad de 32 semanas, uniendo a la suya la del otro progenitor, aunque es una familia monoparental.- SEGUNDO.- Por medio de resolución administrativa del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 1 de marzo de 2021 le fue reconocida la prestación del NUM000 al 9 de junio de 2021.- TERCERO.- Interpuso reclamación previa, que fue desestimada por resolución administrativa de la Entidad Gestora de 3 de mayo de 2021."

**TERCERO:** En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Que estimando la demanda interpuesta por Doña Bibiana , debo declarar y declaro su derecho a disfrutar un período adicional de prestación por maternidad de 12 semanas en cualquier momento antes del transcurso de 12 meses desde el nacimiento de su hijo, y condeno al Instituto Nacional de la Seguridad Social a estar y pasar por esta declaración, y a su estricto cumplimiento."

**CUARTO:** Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por D<sup>a</sup> Bibiana y por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, formalizándolo posteriormente, e impugnándose por la parte demandante el interpuesto por el INSS.

**QUINTO:** Elevados por el Juzgado de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL en fecha 21 de octubre de 2021.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** La beneficiaria demandante, en su calidad de madre en familia monoparental, solicitó una prestación por nacimiento y cuidado de menor ante la entidad gestora con duración de 32 semanas, siéndole reconocida en vía administrativa con duración de 16 semanas. Insiste en su pretensión en la vía judicial, y, tramitado el proceso correspondiente, la sentencia de instancia le reconoce una duración de 12 semanas adicionales. Frente a esta sentencia recurren tanto la beneficiaria demandante, solicitando las 4 semanas restantes para completar las 16 semanas adicionales y un total de 32 semanas, como la entidad gestora, solicitando la absolución de las pretensiones de la demanda. Ambas partes recurrentes invocan, como motivo de suplicación al amparo de la letra c) del artículo 193 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, el examen de las normas sustantivas y de la jurisprudencia aplicadas, y ambas partes recurrentes discuten sobre la correcta interpretación de los artículos 177 y 178 de la Ley General de la Seguridad Social, en relación con los artículos 48.4, 48.5 y 48.6 del Estatuto de los Trabajadores. Dicho en muy apretada esencia, la interpretación de esas normas sostenida por la entidad gestora se construye sobre su literalidad en la cual no existe una previsión expresa de mayor duración del permiso por nacimiento y cuidado de menor para las familias monoparentales, mientras que la interpretación sostenida por la beneficiaria demandante se construye sobre la existencia de discriminación con invocación de disposiciones normativas de Naciones Unidas (Convención de los Derechos del Niño), del Derecho de la Unión Europea (Directiva UE 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores) y de la Constitución Española (en concreto, artículos 10.2 y 14).

Hemos de precisar que la cuestión planteada (posibilidad de acumular dos permisos por nacimiento y cuidado de menores, y las correspondientes prestaciones de seguridad social, en el supuesto de familias monoparentales) ha dado lugar (y la Sala no lo desconoce) a resoluciones judiciales contradictorias en los



Tribunales Superiores de Justicia, y en los Juzgados de lo Social, con lo cual resulta previsible que finalmente se deba pronunciar el Tribunal Supremo.

**SEGUNDO.** 1. Como efectivamente destaca la entidad gestora, los artículos 177 y 178 de la Ley General de la Seguridad Social, en relación con los artículos 48.4, 48.5 y 48.6 del Estatuto de los Trabajadores, no contemplan una previsión expresa de mayor duración del permiso por nacimiento y cuidado de menor para las familias monoparentales. Y la cuestión litigiosa es si nos quedamos aquí, en una interpretación literal excluyente de la situación de las familias monoparentales, o consideramos esa laguna como constitutiva de una desigualdad que debe ser corregida adoptando un enfoque de derechos humanos. A juicio de la Sala (consciente de las divergencias judiciales y sin perjuicio de lo que, si es el caso, decida nuestro Tribunal Supremo), sí se produce una desigualdad que debe ser corregida adoptando un enfoque de derechos humanos, y ello examinando la cuestión desde diversos aspectos (algunos de ellos ya con acierto examinados en la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia).

2. El primero de esos aspectos (como en efecto se apunta en la sentencia de instancia) es la utilización de la perspectiva de género en el enjuiciamiento, que deviene legalmente obligada de conformidad con el artículo 4 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, según el cual "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".

Bajo esta perspectiva de género, se constata fácilmente la fuerte feminización de las familias monoparentales (según datos estadísticos oficiales, el porcentaje de familias monoparentales con mujer cabeza de familia ronda el 85%), con el evidente riesgo de que una desventaja particular sufrida por una familia monoparental derive en una discriminación sexista indirecta (en los términos en los cuales la define el artículo 6.2 de la Ley Orgánica de Igualdad).

Nuestro análisis debe ir aún un poco más allá, pues las desventajas sufridas por las familias monoparentales se sustentan en una diferencia basada en el estado civil, y, como históricamente el estado civil es una circunstancia que ha afectado a las mujeres solteras, separadas, divorciadas o viudas, la Ley Orgánica de Igualdad declara expresamente (en su artículo 3) que "el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de ... el estado civil". Lo que se compadece con las disposiciones de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de Naciones Unidas (1979), que (en varios de sus artículos, y en particular en su artículo 1) hace hincapié en el estado civil de las mujeres como causa de eventual distinción, exclusión o restricción de sus derechos o libertades.

Resulta oportuno destacar, en esta línea de argumentación, que la integración de la perspectiva de género en el enjuiciamiento exige considerar, de conformidad con el artículo 4 de la LO de Igualdad, tanto a la igualdad de trato (prohibición de discriminación directa e indirecta) como a la igualdad de oportunidades (superación de las situaciones de desigualdad real). Y en este momento, es de destacar el acierto del juzgador de instancia cuando trae a colación la afirmación (contenida en el considerando 11 de la Directiva 2019/58) de que "el desequilibrio en el diseño de las políticas sobre conciliación de la vida familiar y la vida profesional entre hombres y mujeres incrementa los estereotipos y las diferencias de género en materia laboral y familiar".

3. El segundo de los aspectos a considerar atendiendo a un enfoque de derechos humanos (que también se apunta en la sentencia de instancia) es la perspectiva de infancia que obliga a atender al superior interés del menor como consideración primordial de conformidad con la Convención de los derechos del niño de Naciones Unidas (1989) y, en nuestra legislación interna, con el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. Tal superior interés del menor aconseja que quienes cuidan al menor le puedan dedicar el tiempo que, en una concreta situación histórica, una sociedad en particular considera recomendable para su desarrollo, y a los efectos de hacer ese cálculo en la sociedad española actual, se debe considerar que, en el supuesto de familias biparentales en que ambos trabajen, el tiempo de dedicación al cuidado del menor supone un total de 32 semanas (16 por cada progenitor biparental). Para conseguir ese desiderátum de que quienes cuidan al menor le puedan dedicar el tiempo recomendable para su desarrollo, se necesita, en el supuesto de familias monoparentales en que la persona cabeza de familia trabaje, un permiso de mayor duración al que individualmente se le concede.

4. Un tercer aspecto a considerar atendiendo a un enfoque de derechos humanos deriva de la propia monoparentalidad, que es, en sí misma considerada, una condición o circunstancia personal o social que entraría dentro del ámbito protector del artículo 14 de la Constitución Española, dado su carácter abierto en orden a la delimitación de las causas de discriminación prohibidas. Y esa consideración de la monoparentalidad como situación de especial vulnerabilidad se explica por la confluencia en ella de diversos órdenes de exclusión (sexo/género, estado civil, situación socioeconómica), lo que también permite calificarla



técnicamente como causante de situaciones de discriminación múltiple. En este sentido, la LO de Igualdad (en su artículo 14.6º) establece como un criterio general de actuación de los Poderes Públicos la consideración de las singulares dificultades en que se encuentran las mujeres de colectivos de especial vulnerabilidad, entre los que sin dificultad entran las mujeres cabezas de familia monoparental (de hecho, la norma se refiere a las mujeres viudas).

**TERCERO.** No hay duda, en consecuencia, de que, examinadas con un enfoque de derechos humanos, las normas sometidas a aplicación e interpretación en supuestos como el de autos producen una laguna perjudicial contra las familias monoparentales pues su situación particular no ha sido tomada en consideración a los efectos de la regulación legal. Y la cuestión más relevante (en el fondo, es el nudo gordiano del litigio) es si esa igualdad por indiferenciación de situaciones desiguales podría ser corregida vía judicial, o su corrección exigiría una intermediación legislativa. Seguramente, la regla general para solucionar esas situaciones es la necesidad de una intermediación legislativa pues el derecho constitucional al trato igual en situaciones comparables no comprende un trato desigual para situaciones desiguales, siendo a los poderes legislativos a quienes corresponde, en esas situaciones, marcar el exacto alcance del trato desigual que mejor se ajustaría a la conciencia imperante en un determinado momento histórico y en una concreta sociedad.

Pero seguramente también esa regla debe conocer excepciones, y a los efectos de justificar la excepción, en el caso de autos concurren dos circunstancias relevantes. La primera de ellas es que la razón de la desigualdad real en que se encuentran las familias monoparentales aparece vinculada a diversas situaciones de exclusión que encuentran fundamento en la prohibición de discriminación, y, en consecuencia, la indiferenciación a que se ven sometidas afecta a los derechos fundamentales de las personas como valores constitucionales de primer orden en el momento actual en que se aplica la norma. Y la segunda de esas circunstancias relevantes es que, como la monoparentalidad se obvia completamente en las normas sometidas a aplicación e interpretación (se trata de una laguna normativa total), el Poder Judicial se encuentra con una situación que, si no es corregida de algún modo inmediato, supone permitir que la discriminación prevalezca, lo que es frontalmente contrario al mandato igualitario del artículo 14 de la Constitución Española.

De ahí que, en tanto no se produzca una intermediación legislativa que decida definitivamente cuál sería el nivel más adecuado de protección que, en relación con el permiso por nacimiento y cuidado de menor, merece la monoparentalidad atendiendo al contexto histórico de nuestra sociedad (si el doble de permiso que el de cada progenitor en una familia biparental, o si una duración diferente, mayor o menor), la corrección es necesaria y la única posible es la igualación por arriba (que, por cierto, es lo que históricamente se ha hecho para la pensión de viudedad o más recientemente para el complemento de maternidad). Siendo precisamente lo que solicita la beneficiaria recurrente.

**CUARTO.** Por todo lo antes expuesto, el recurso de suplicación de la beneficiaria demandante será totalmente desestimado y el recurso de suplicación de la entidad gestora demandada será totalmente desestimado, con la consiguiente revocación parcial de la sentencia de instancia y la estimación de la totalidad de pretensiones contenidas en la demanda rectora de actuaciones.

## FALLAMOS

Estimando el recurso de suplicación interpuesto por Doña Bibiana , y desestimando el recurso de suplicación interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, ambos recursos de suplicación contra la Sentencia de 12 de julio de 2021 del Juzgado de lo Social número 2 de DIRECCION000 , dictada en juicio seguido a instancia de Doña Bibiana contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Sala la revoca parcialmente en el sentido de que el periodo adicional que se reconoce debe ser el de 16 semanas.

Notifíquese la presente resolución a las partes y al Ministerio Fiscal.

**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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ