



Roj: **STSJ GAL 1974/2022 - ECLI:ES:TSJGAL:2022:1974**

Id Cendoj: **15030340012022101290**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **16/03/2022**

Nº de Recurso: **6097/2021**

Nº de Resolución: **1235/2022**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **JUAN LUIS MARTINEZ LOPEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL

A CORUÑA

SECRETARÍA SRA. FREIRE CORZO -

SENTENCIA: 01235/2022

PLAZA DE GALICIA S/N

15071 A CORUÑA

Tfno: 981-184 845/959/939

Fax: 881-881133/981184853

Correo electrónico:

NIG: 15078 44 4 2021 0001544

Equipo/usuario: AF

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0006097 /2021 - ALV

Procedimiento origen: SSS SEGURIDAD SOCIAL 0000380 /2021

Sobre: INCAPACIDAD TEMPORAL

RECURRENTE/S D/ña INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

ABOGADO/A: LETRADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: Tania

ABOGADO/A: PEDRO BLANCO LOBEIRAS

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

ILMOS. SRS. MAGISTRADOS

JOSÉ MANUEL MARIÑO COTELO

JUAN LUIS MARTÍNEZ LÓPEZ

FERNANDO LOUSADA AROCHENA



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

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, el 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

SENTENCIA

En el RECURSO SUPPLICACION 6097/2021, formalizado por la letrada de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia dictada por el XDO. DO SOCIAL N. 4 de DIRECCION000 en el procedimiento SEGURIDAD SOCIAL 380/2021, seguidos a instancia de Dña. Tania frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. JUAN LUIS MARTINEZ LOPEZ.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D^a. Tania 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 tres de septiembre de dos mil veintiuno.

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

" **Primero.-** Mediante resolución administrativa de fecha 27-5-2021 se acordó el acogimiento legal con fines adoptivos por parte de la actora, afiliada al Régimen General de la Seguridad Social con el número NUM000 , de la menor Ana , nacida el NUM001 -2021.- **Segundo.-** En fecha 1-6-2021, la actora presentó solicitud ante el INSS de la prestación de nacimiento y cuidado de menor, por adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, que le fue reconocida por Resolución de la Dirección provincial del INSS, con fecha de salida 4-6-2021, con una base reguladora diaria de 63,55 euros y una duración por el periodo comprendido entre el día 27-05-2021 al 15-09-2021.- **Tercero.-** La actora solicitó al INSS, en base a su situación de familia monoparental, la ampliación de la prestación de nacimiento y cuidado de menor, a 16 semanas adicionales, siendo denegada por Resolución de 4-6-2021 por no tratarse de un supuesto contemplado legalmente."

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

"SE ESTIMA PARCIALMENTE la demanda formulada por la representación procesal de la parte actora, Tania frente al INSTITUTO SOCIAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, y se declara el derecho de la actora a disfrutar de diez semanas adicionales de prestación por nacimiento y cuidado de hijo, nacimiento y cuidado de menor, por adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, condenando a la demandada a estar y pasar por estar declaración con las consecuencias legales inherentes."

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en este T.S.X. GALICIA SALA DO SOCIAL en fecha 29/11/21.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima parcialmente la demanda rectora y declara el derecho de la actora a disfrutar de diez semanas adicionales de prestación por nacimiento y cuidado de hijo menor, por adopción, guarda o acogimiento, condenando a las entidades demandadas a estar y pasar por esta declaración con las consecuencias legales inherentes.

Contra dicha resolución interpone recurso de suplicación la parte Letrada del INSS para denunciar, al amparo del apartado c) del artículo 193 de le L.R.J.S., la infracción, por interpretación errónea, del artículo 177 de la L.G.S.S., en relación con el artículo 48 del Estatuto de los Trabajadores, alegando, en síntesis, que a la actora



se le reconoció la prestación por nacimiento y cuidado de un hijo menor, con una base reguladora de 63,55 euros y porcentaje del 100% y fecha de efectos 27.05.2021, con fecha de vencimiento 15.9.2021. Y a tenor de la normativa que se considera infringida, entiende la parte recurrente, que no se contempla la ampliación a 16 semanas correspondientes al otro progenitor en las familias monoparentales, por lo que no es posible la ampliación de las semanas que le corresponden al otro progenitor, y que en caso de autos, por estimación parcial de la demanda, fueron 10 semanas.

Esta misma Sala, al resolver un caso similar, en sentencia de fecha 8 marzo 2022 (Rec.5795/2021), declaró:

"...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). 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".

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. 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).



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)".

La aplicación de dicha doctrina al supuesto enjuiciado conlleva a la desestimación del recurso de suplicación formulado y a la confirmación de la resolución recurrida.

En consecuencia,

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación formulado por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del INSS, contra la sentencia de fecha tres de septiembre de 2021, dictada por el Juzgado de lo Social número Cuatro de DIRECCION000, en el procedimiento número 380/21, seguido a instancia de Dña. Tania contra el INSS, confirmando la expresada resolución.

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.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ