



Roj: **STSJ CL 3242/2022 - ECLI:ES:TSJCL:2022:3242**

Id Cendoj: **09059340012022100542**

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

Sede: **Burgos**

Sección: **1**

Fecha: **21/07/2022**

Nº de Recurso: **446/2022**

Nº de Resolución: **541/2022**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **CARLOS JOSE COSME MARTINEZ TORAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.CASTILLA-LEON SALA SOCIAL 1

BURGOS

SENTENCIA: 00541/2022

RECURSO DE SUPLICACIÓN Num.: 446/2022

Ponente Ilmo. Sr. D. Carlos Martínez Toral

Secretaría de Sala: Sra. Carrero Rodríguez

SALA DE LO SOCIAL

DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE

CASTILLA Y LEÓN.- BURGOS

SENTENCIA Nº : 541/2022

Señores:

Ilma. Sra. D^a. María José Renedo Juárez

Presidenta

Ilmo. Sr. D. Carlos Martínez Toral

Magistrado

Ilmo. Sr. D. Jesús Carlos Galán Parada

Magistrado

En la ciudad de Burgos, a veintiuno de Julio de dos mil veintidós.

En el recurso de Suplicación número **446/2022** interpuesto por **DOÑA María Cristina**, frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Burgos, en autos número 58/2022 seguidos a instancia de la recurrente, contra **INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL**, en reclamación sobre Maternidad -Prestación por hijo-. Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. Don **Carlos Martínez Toral** que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el Juzgado de lo Social de referencia, tuvo entrada demanda suscrita por la parte actora en la que solicita se dicte sentencia en los términos que figuran en el suplico de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el oportuno juicio oral, se dictó sentencia con fecha 21 de Febrero de 2022 cuya parte dispositiva dice: "FALLO.- DESESTIMO la demanda formulada por DOÑA María Cristina contra el **INSTITUTO NACIONAL**



DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, a quien absuelvo de las pretensiones de la demanda".

SEGUNDO.- En dicha sentencia, y como hechos probados, se declaraban los siguientes: **PRIMERO.-** DOÑA María Cristina tuvo una hija el NUM000 de 2021, en el seno de una familia monoparental. **SEGUNDO.-** En fecha 29 de septiembre de 2021 se le reconoció la prestación de nacimiento y cuidado de menor con efectos económicos de NUM000 de 2021 a 5 de enero de 2022. Con fecha 16 de noviembre de 2021, la actora presentó escrito solicitando ampliar el permiso de 16 semanas hasta las 32 para el cuidado de hijos en igualdad de condiciones al resto de familias, puesto que la estructura familiar no puede suponer discriminación alguna para el menor. **TERCERO.-** La reclamación previa fue desestimada por la entidad gestora por resolución de 29 de diciembre de 2021, alegando que en el apartado 4 del artículo 48 del Estatuto de los trabajadores establece en sus distintos párrafos: - "El nacimiento, que comprende el parto y el cuidado de menor de doce meses, suspenderá el contrato de trabajo de la madre biológica durante 16 semanas, de las cuales..." - "El nacimiento suspenderá el contrato de trabajo del progenitor distinto de la madre biológica durante 16 semanas, de las cuales..." - "Este derecho es individual de la persona trabajadora sin que pueda transferirse su ejercicio al otro progenitor". La legislación actual no contempla la posibilidad de acumular los periodos de descanso por nacimiento de los dos progenitores, en el caso de que exista un solo progenitor, y si éste percibe el subsidio por maternidad, no podrá acumular el subsidio por paternidad".

TERCERO.- Contra dicha sentencia, interpuso recurso de Suplicación la parte demandante siendo impugnado por la contraria. Elevados los autos a este Tribunal y comunicada a las partes la designación del Ponente, le fueron, a éste, pasados los autos para su examen y resolución por la Sala.

CUARTO.- En la resolución del presente recurso se han observado, en sustancia, las prescripciones legales vigentes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Frente a la sentencia de instancia, que ha desestimado las pretensiones de la demanda, se recurre en Suplicación por la representación de la actora, con un motivo de derecho, con amparo en el Art. 193 c) LRJS, denunciando infracción de los Arts. 177 LGSS, 1, 3, 8, 10, 14 y 44 LO 3/2007; art. 2, 12 y 18 del RDL 6/2019, así como su art. 3; en términos generales el art. 3 del RD 295/2009; en términos también globales la Ley 3/2005 de Protección de la Infancia y Adolescencia; los arts. 2, 3 y 26 de la Convención de Derechos del Niño; la resolución del Parlamento Europeo de 13 de septiembre de 2016; la Directiva 96/34; la Directiva 2010/18, cláusula 1; el art. 3 del Tratado de la UE; los arts. 20, 21, 23, 24, 33 y 34 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE; los arts. 10, 14 y 39 CE; el art. 4, 2 c) del ET; y arts. 3 y 4 del Código Civil. Igualmente, de sentencia del Tribunal Constitucional 26/2011 de 14 de marzo de 2011 y sentencia de la Sala Cuarta del TS (sentencias de pleno de 25-10-2016, recurso 3818/15, 16-11-2016, recurso 3146/14 y 14-12-2017, recurso 2859/16).

La recurrente, que constituye con su hija nacida el NUM000 .2021 una familia monoparental, pretende ampliar el permiso de 16 semanas por maternidad hasta las 32 en igualdad de condiciones a las familias biparentales, argumentando, en esencia, que así lo impone el superior interés de la menor y que el régimen normativo actual es discriminatorio por indiferenciación, pues supone, en definitiva, un desvalor en el cuidado que se proporciona a los hijos de familias monoparentales respecto de las biparentales.

SEGUNDO: En cuanto a ello, conforme tiene establecido esta Sala en supuestos similares, como se recoge en R. 223/2022: "La prestación por nacimiento y cuidado del menor se encuentra regulada en el artículo 48.4 del ET (modificado por el RD 6/2019), que establece que: " *El nacimiento, que comprende el parto y el cuidado de menor de doce meses, suspenderá el contrato de trabajo de la madre biológica durante 16 semanas, de las cuales serán obligatorias las seis semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto, que habrán de disfrutarse a jornada completa, para asegurar la protección de la salud de la madre.*

El nacimiento suspenderá el contrato de trabajo del progenitor distinto de la madre biológica durante 16 semanas, de las cuales serán obligatorias las seis semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto, que habrán de disfrutarse a jornada completa, para el cumplimiento de los deberes de cuidado previstos en el artículo 68 del Código Civil. (...)

La suspensión del contrato de cada uno de los progenitores por el cuidado de menor, una vez transcurridas las primeras seis semanas inmediatamente posteriores al parto, podrá distribuirse a voluntad de aquellos, en períodos semanales a disfrutar de forma acumulada o interrumpida y ejercitarse desde la finalización de la suspensión obligatoria posterior al parto hasta que el hijo o la hija cumpla doce meses. No obstante, la madre biológica podrá anticipar su ejercicio hasta cuatro semanas antes de la fecha previsible del parto. El disfrute de



cada período semanal o, en su caso, de la acumulación de dichos períodos, deberá comunicarse a la empresa con una antelación mínima de quince días.

Este derecho es individual de la persona trabajadora sin que pueda transferirse su ejercicio al otro progenitor".

Como señala la STS de 16.11.2016, rcud. 3146/2014, " *el periodo de dieciséis semanas del descanso por maternidad y su correlativa prestación de Seguridad Social tienen una doble finalidad, por un lado, atender a la recuperación, seguridad y salud de la madre y, por otro, la protección de las especiales relaciones entre la madre y su hijo durante el periodo posterior al nacimiento del menor, en palabras de la STJUE de 18 de marzo de 2014, C-167/12 "evitando que la acumulación de cargas que deriva del ejercicio simultáneo de una actividad profesional perturbe dichas relaciones". La aplicación del permiso de maternidad esta, por tanto, directamente vinculada a dos intereses en juego: el de la madre y el del menor. La protección de este último es también el objetivo del permiso que se otorga al progenitor distinto de la madre biológica, destinado, según el precepto transcrito, al "cumplimiento de los deberes de cuidado previstos en el art. 68 del Código Civil "* .

Siendo claro que el art. 48 del ET no hace referencia expresa a las familias monoparentales, se hace preciso destacar que, conforme al art. 96 de la CE, los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España también forman parte de nuestro ordenamiento jurídico y son directamente aplicables (art. 1.5 CC), debiendo interpretarse las normas conforme a ellos según el art. 10.2 del mismo texto, lo que permite, conforme a STC 38/1981, configurar el sentido y alcance de los derechos que recoge la Constitución. Asimismo, el artículo 31 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, sobre Tratados y Acuerdos Internacionales establece que "las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas".

Nuestra jurisprudencia ha desarrollado esta vinculación y ha señalado reiteradamente que los tratados y acuerdos internacionales a los que se remite el art. 10.2 de la Constitución "*constituyen valiosos criterios hermenéuticos del sentido y alcance de los derechos y libertades que la Constitución reconoce*", de suerte que habrán de tomarse en consideración "*para corroborar el sentido y alcance del específico derecho fundamental que... ha reconocido nuestra Constitución*" (entre otras, SSTC 292/2000, de 30 de noviembre, y 53/2002, de 27 de febrero).

Tal eficacia tendrá, por tanto, la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, cuando, en su artículo 3.1, dispone que "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño". También se refiere al interés superior del niño el artículo 24.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, según el cual "en todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial".

Aún más, el interés superior del menor se define en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, reconociéndose su condición principal como referencia en la aplicación e interpretación de las normas en art. 2.1, según el cual "todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir", hasta el punto de que, conforme al apartado 4 del mismo artículo, "en caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes", pero "en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir".

El interés del menor se configura así, en virtud de las disposiciones citadas, como un principio general que sirve como canon interpretativo del ordenamiento jurídico nacional y, en concreto, en lo que aquí interesa, de las normas en materia de protección de la maternidad y paternidad, que, como ha señalado el TS en sentencias de 25.10.2016, rec. 3818/2015, 16.11.2016 rec. 3146/2014, y 14.12.2017, rec. 2859/2016, deben ser interpretadas a la luz del mismo, conforme a lo establecido en el art. 39.2 de la CE, que dispone que "los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos". En su sentencia de noviembre recuerda la Sala 4ª, en este sentido, que, *aunque "el interés superior del menor no puede erigirse en principio a partir del cual los órganos jurisdiccionales alteren el contenido de las normas y eludan la sujeción al ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE)", "sí constituye un canon interpretativo de relevancia cuando debemos aplicar normas que lo han querido tener presente"* y así lo ha hecho en relación a la protección que la Seguridad Social dispensa a la maternidad, en cuyo ámbito deben tenerse en cuenta los principios que proporciona el art. 39 CE y que han de presidir la



interpretación de las leyes vigentes (art. 53.3 CE): procurar la protección social de la familia, la protección integral de los hijos y velar por los derechos de los niños.

TERCERO: En otro orden de cosas, como señalan, entre otras, la STC 119/2002, de 20 de mayo, y la STS de 9.7.2012, rec. 147/2011, el art. 14 CE prohíbe las *"desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados. También es necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos"*. En resumen, *"el principio de igualdad, no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad ... sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida"*; dicho de otro modo, el principio genérico de igualdad, exigencia derivada de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución, de los artículos 2 y 3.2 del Tratado de la Unión Europea, y de los artículos 21 y 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *"no postula ni como fin ni como medio la paridad pero sí exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato"*.

En el mismo art. 14 la Constitución contempla la prohibición de discriminación, principio inspirador de la aplicación e interpretación del ordenamiento jurídico (STC 93/2013, de 23 de abril), vinculado a factores de diferenciación considerados especialmente odiosos, entre los que se encuentran el nacimiento y cualquier otra condición personal o social del individuo. Señala al respecto la STC 173/1994 que *"la conducta discriminatoria se cualifica por el resultado peyorativo para el sujeto que la sufre, que ve limitados sus derechos o sus legítimas expectativas por la concurrencia en él de un factor cuya virtualidad justificativa ha sido expresamente descartada por la Constitución, por su carácter atentatorio a la dignidad del ser humano (art. 10.1 CE)"*.

En este contexto normativo y jurisprudencial, fácilmente se puede colegir que, como ya hemos advertido, el art. 48 del ET no contempla la realidad de las familias monoparentales, sino que parte de una situación en la que ambos progenitores contribuyen al cuidado del menor en un periodo común inicial de seis semanas, también destinado a la recuperación de la madre, y otro posterior a disfrutar antes de que el hijo o hija cumpla doce meses, ya sea de forma acumulada o interrumpida. Ello supone que, sumado todo el tiempo que corresponde a ambos progenitores y considerando que existe un periodo de seis semanas común a ambos, el especial cuidado de la persona recién nacida que supone la suspensión del contrato de trabajo puede alcanzar las 26 semanas, ya sean continuas o intermitentes. No es esto lo que ocurre cuando la menor nace en una familia monoparental: en este caso, la protección de la Seguridad Social para su cuidado solo alcanza las 16 semanas que corresponden a la progenitora única.

El diferente efecto protector derivado de la dualidad que acabamos de exponer redundante claramente en un trato diferenciado en perjuicio de quien nace en la familia monoparental, que, teniendo las mismas necesidades que el nacido en la biparental, recibe un cuidado subsidiado objetivamente inferior en cuanto a su duración y calidad, pues se le priva del estrecho contacto paterno/materno - filial que conlleva el plus de suspensión de la relación laboral que rige cuando hay dos progenitores respecto de la situación en que solo existe uno, afectando, además, a la conciliación de la vida familiar y laboral de éste último, la cual aparece *"como canon imprescindible a la hora de aquilatar el alcance de derechos legalmente conferidos a partir de la existencia de un menor"*, según señala el TS en su sentencia de 25.10.2016, rec. 3818/2015, que advierte, con cita de STJUE de 18.3.2014, C-167/12, que la prestación por maternidad es una institución regulada *"evitando que la acumulación de cargas que deriva del ejercicio simultáneo de una actividad profesional perturbe dichas relaciones"*.

No hay, por otra parte, una justificación objetiva a esta diferencia de trato. Establecer la duración de la prestación en función del número de progenitores en lugar de atender de manera preferente al superior interés del menor, que aparece como único e inescindible cualquiera que sea la forma familiar, no solo supone desconocer el criterio interpretativo al que nos hemos referido en el fundamento de derecho 1º, sino también dar efectos jurídicos a un trato discriminatorio por razón del nacimiento y de la condición personal y familiar del recién nacido, en vulneración del art. 2 de la Convención de Derechos del Niño, según el cual *"todos los derechos deben ser aplicados a todos los niños sin excepción alguna y es obligación del Estado tomar las medidas necesarias para protegerle de toda forma de discriminación"*.

Para evitar tan perniciosos efectos y garantizar un trato igualitario, la interpretación acorde con los derechos y principios en juego es considerar que la progenitora única que se ocupa del cuidado de la menor tiene derecho a un disfrute del permiso equivalente al que hubiese correspondido de existir el otro progenitor, lo que supone añadir 10 semanas a las 16 ya reconocidas, habida cuenta que las otras seis habrían sido de disfrute simultáneo y conjunto inmediatamente después del parto en el caso de una familia biparental, y que, por tanto, la atribución completa de otras 16 semanas a sumar a las 16 ya reconocidas a la demandante, como se pide en el recurso, conllevaría un tratamiento privilegiado para su familia monoparental en cuanto al tiempo de



atención a la niña, que sería de 32 y no de las 26 semanas que hubieran correspondido, como máximo, a una familia con dos progenitores en régimen de alternancia absoluta entre ellos".

La solución que acabamos de exponer al conflicto planteado deriva de una aplicación integradora del ordenamiento jurídico que permite considerar, además del texto de la norma ordinaria, las disposiciones de alcance constitucional y supranacional precitadas. Estamos ante un supuesto que nuestra legislación no contempla pero que tampoco excluye ni cierra una vez efectuado, como es el caso, el necesario juicio de adecuación a los principios de protección de la familia y del menor (art. 39 CE) y no discriminación (art. 14 CE), que han de inspirar cualquier interpretación en esta materia. En igual sentido se pronuncian las SSTSJ del País Vasco de 6.10.2020, citada en el escrito de formalización, Extremadura de 16.3.2022, rec. 6097/2021, Galicia de 8.3.2022, rec. 5795/2021, y Aragón de 27.12.2021, rec. 846/2021. En virtud de ello, el recurso será estimado en los términos ya indicados, siendo responsabilidad del INSS-TGSS el abono de las prestaciones oportunas, conforme a los Arts. 177 y ss. LGSS. Sin costas.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español,

FALLAMOS

Que **DEBEMOS ESTIMAR Y ESTIMAMOS** el recurso de suplicación interpuesto por DOÑA María Cristina contra la sentencia dictada en fecha 21 de Febrero de 2022 por el Juzgado de lo Social número 2 de Burgos en autos 58/2022, en virtud de demanda promovida por la recurrente frente a INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, en materia de Seguridad Social, y, en consecuencia, **revocamos** la citada resolución y **declaramos** el derecho de la demandante a disfrutar la prestación por nacimiento y cuidado de su hija por un total de 26 semanas en los mismos términos y condiciones de importes, porcentajes de base reguladora y cuota diaria que los acordados para la prestación de maternidad, condenando al INSS-TGSS a estar y pasar por tal declaración, absolviendo a la Mutua demandada. Sin costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en la forma prevenida en el artículo 97 de la L.R.J.S. y 248.4 de la L.O.P.J. y sus concordantes, haciéndoles saber que contra esta resolución cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina para ante el Tribunal Supremo, significándoles que dicho recurso habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de los DIEZ DIAS siguientes a la notificación, mediante escrito ajustado a los requisitos legales contenidos en los artículos 220 y 221 de la L.R.J.S., con firma de Abogado o de Graduado Social Colegiado designado en legal forma conforme al art. 231 de la citada Ley.

Se deberá ingresar como depósito la cantidad de 600 € conforme a lo establecido en el artículo 229.1.b de la L.R.J.S., asimismo será necesaria la consignación por el importe de la condena conforme a los supuestos previstos en el art. 230 de la mencionada Ley, salvo que el recurrente estuviera exento por Ley o gozare del beneficio de justicia gratuita.

Dichas consignación y depósito deberán efectuarse en la cuenta corriente de esta Sala, bajo la designación de Depósitos y Consignaciones, abierta en la Entidad Bancaria Santander, cuenta nº ES55 0049 3569 9200 0500 1274, en cualquiera de sus sucursales, incluyendo en el concepto los dígitos 1062.0000.65.0446.22

Se encuentran exceptuados de hacer los anteriormente mencionados ingresos, los Organismos y Entidades enumerados en el punto 4 del artículo 229 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

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