



Roj: **STSJ AS 217/2022 - ECLI:ES:TSJAS:2022:217**

Id Cendoj: **33044340012022100187**

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

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **25/01/2022**

Nº de Recurso: **2534/2021**

Nº de Resolución: **48/2022**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **ISOLINA PALOMA GUTIERREZ CAMPOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL**

### **OVIEDO**

SENTENCIA: 00048/2022

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL DE OVIEDO

C/ SAN JUAN Nº 10

**Tfno:** 985 22 81 82

**Fax:** 985 20 06 59

**Correo electrónico:**

**NIG:** 33004 44 4 2021 0000819

Equipo/usuario: EFA

Modelo: 402250

### **RSU RECURSO SUPLICACION 0002534 /2021**

Procedimiento origen: SSS SEGURIDAD SOCIAL 0000400 /2021

Sobre: OTROS DCHOS. SEG.SOCIAL

**RECURRENTE/S D/ña** INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, Fidela

**ABOGADO/A:** LETRADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL,

**GRADUADO/A SOCIAL:** , LAURA MARTINEZ RODRIGUEZ

**RECURRIDO/S D/ña:** INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, Fidela , TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

**ABOGADO/A:** LETRADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, , LETRADO DE LA TESORERIA DE LA SEGURIDAD SOCIAL

**GRADUADO/A SOCIAL:** , LAURA MARTINEZ RODRIGUEZ ,

En OVIEDO, a veinticinco de enero de dos mil veintidós.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la Sala de lo Social del T.S.J. de Asturias, formada por los Ilmos. Sres. D. FRANCISCO JOSÉ DE PRADO FERNÁNDEZ, Presidente, D<sup>a</sup>. PALOMA GUTIÉRREZ CAMPOS y D<sup>a</sup>. MARÍA PAZ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Magistrados, 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 0002534/2021, formalizado por la Letrada D<sup>a</sup> LAURA MARTÍNEZ RODRÍGUEZ y LETRADO DE SEGURIDAD SOCIAL, en nombre y representación respectivamente de Fidela y de INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia número 300/2021 dictada por JDO. DE LO SOCIAL N. 2 de DIRECCION000 en el procedimiento SEGURIDAD SOCIAL 0000400/2021, seguidos a instancia de Fidela frente a INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, siendo Magistrada-Ponente la **Ilma Sra D<sup>a</sup> ISOLINA PALOMA GUTIERREZ CAMPOS**.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO:** D<sup>a</sup> Fidela presentó demanda contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 300/2021, de fecha veinte de septiembre de dos mil veintiuno.

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

"**PRIMERO.-** La demandante Fidela, nacida el NUM000-1975, es madre de una niña el pasado NUM001-2020.

**SEGUNDO.-** Por resolución del INSS con fecha de salida 22-4-2021, se denegó a la actora la prestación por nacimiento y cuidado de hija menor que había solicitado el día 30-12-2020 pidiendo iniciar su disfrute el 26-3-2021.

Dicha resolución denegatoria se basaba en que "Actualmente no está reconocida la prestación por nacimiento y cuidado de menor en el supuesto de familia monoparental, considerándose exclusivamente a uno de ellos como beneficiario único, sin que en ningún caso se puedan acumular ambas prestaciones, la maternidad y la paternidad en la misma persona".

La actora interpuso reclamación previa, que fue desestimada por nueva resolución de fecha 24-5-2021.

**TERCERO.-** La demandante ha disfrutado de los periodos de maternidad, lactancia acumulada y vacaciones en los siguientes intervalos:

- Periodo de maternidad, desde el 4-12-2020 hasta el 25-3-2021.

- Periodo de vacaciones, desde el 26-3-2021 hasta el 23-5-2021.

- Periodo de lactancia, desde el 24-5-2021 hasta el 5-6-2021.

(Documento nº 6 del ramo de prueba de la actora).

**CUARTO.-** La base reguladora de la prestación postulada es de 135,67 euros diarios."

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

"ESTIMO parcialmente la demanda formulada por Fidela, frente a INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, y declaro el derecho de la actora a disfrutar de 8 semanas adicionales de prestación por nacimiento y cuidado de hijo, condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración y al abono de la prestación correspondiente sobre la base reguladora de 135,67 euros diarios."

**CUARTO:** Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, Fidela 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 fecha 11 de noviembre de 2021.

**SEXTO:** Admitido a trámite el recurso se señaló el día 5 de enero de 2022 para los actos de votación y fallo.

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 formulada por Doña Fidela frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social y declara el derecho de la actora a disfrutar de 8 semanas adicionales de prestación por nacimiento y cuidado de hijo, condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración y al abono de la prestación correspondiente sobre la base reguladora de 135,67 euros diarios.

Frente a dicho pronunciamiento se interpone recurso de suplicación por ambas partes litigantes, siendo impugnados cada uno de ellos por la parte contraria.

Versa la cuestión planteada sobre el reconocimiento del derecho a percibir la prestación por nacimiento y cuidado de menor por la madre biológica durante un periodo de 28 semanas en el caso de familia monoparental, las 16 que le atribuye la norma y las 12 que correspondería al otro progenitor.

**SEGUNDO.**- Analizando en primer término el recurso interpuesto por la Entidad Gestora, con amparo procesal en el artículo 193 c) LJS, se denuncia la infracción por aplicación indebida, del artículo 177 LGSS, en relación con lo establecido en el art. 48 ET.

Como se señala en el relato de hechos probados de la sentencia, la actora, madre de una niña, disfrutó de la prestación por nacimiento y cuidado del menor en fechas NUM001 de 2020 a 25 de marzo de 2021.

Dada su condición de familia monoparental, pretende ahora lucrar una segunda prestación por nacimiento y cuidado del menor, por el periodo que entiende le correspondería al otro progenitor en caso de familia biparental.

En primer lugar señala que la legislación actual de Seguridad Social no contempla, en sus artículos 177 y siguientes, la posibilidad de que una misma persona pueda ser beneficiaria de dos prestaciones por el mismo hecho causante, como tampoco contempla que se pueda ampliar la prestación salvo en los supuestos expresamente tasados. Tampoco se contempla en el artículo 48 ET, que tiene por objeto la regulación de los periodos de descanso por nacimiento, adopción o acogimiento de menor, y que está directamente ligado al reconocimiento de las prestaciones.

El artículo 48.4 ET dispone: "Este derecho es individual de la persona trabajadora sin que pueda transferirse su ejercicio al otro progenitor".

Incluso en el régimen transitorio establecido con el Real Decreto 6/2019, la posibilidad de ceder semanas de descanso solo se contemplaba de la madre al padre, nunca en sentido contrario, por lo que es evidente que la madre no podía ver ampliada la duración del mismo más allá de 16 semanas.

La finalidad legal de cada uno de estos permisos, es decir el de la madre biológica y el del progenitor distinto de la madre biológica difiere y así lo dispone la sentencia del Pleno del TC de 17 de octubre de 2018: en el primer caso es la protección de la salud de la mujer trabajadora durante el embarazo, parto y puerperio y en el segundo es la de favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, fomentando la corresponsabilidad de madres y padres en el cuidado de los hijos.

La parte recurrente insiste en que la actora no puede acumular en sí misma dos prestaciones por nacimiento y cuidado del menor, como tampoco puede ampliar en 8 semanas la que le corresponde, y ello porque tal posibilidad no está contemplada en la normativa aplicable, de muy reciente redacción.

**TERCERO.**- Con el mismo amparo procesal, se denuncia por la Entidad Gestora la infracción, por aplicación indebida, del artículo 178 LGSS pues este exige unos requisitos para el acceso a la prestación por nacimiento y cuidado del menor. Y ello porque las prestaciones contributivas de Seguridad Social no son de devengo automático por el hecho del nacimiento, sino que vienen condicionadas, entre otras, al cumplimiento de unos periodos de cotización que han de cumplir los beneficiarios.

Conceder a la actora esta acumulación de dos prestaciones supone una presunción de cumplimiento de requisitos para el acceso a la prestación del otro progenitor (inexistente en este caso) pudiendo hacerse de peor condición a las familias con dos progenitores en los que uno de ellos no reúne los requisitos de cotización.

Tampoco goza de amparo normativo el hecho de que se extienda la base reguladora de la prestación que le correspondería a la madre a la prestación que eventualmente correspondería al otro progenitor. Nada de esto ocurre en el caso de familias biparentales en las que ambos progenitores tienen derecho a la prestación. En este segundo caso cada progenitor la percibirá según la base reguladora que le corresponda, sin que se pueda extender la más elevada a ambas prestaciones.



**CUARTO.-** Entrando en el análisis de la cuestión, el Juzgador de instancia que estima la pretensión actora, sin bien son 8 semanas las que reconoce y no 12, tras reproducir la fundamentación del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco contenida en el recurso 941/2020 y cuyos argumentos comparte, añade que, "a su vez, la finalidad del permiso de maternidad y cuidado de menor es, precisamente, otorgar a los progenitores la posibilidad de cuidar completamente al menor durante sus primeras semanas de vida. Por tanto, por el hecho de ser una familia monoparental, no puede verse mermado ese tiempo de cuidado que el menor tiene garantizado por la ley.

La demandante no se está adueñando de ningún derecho, dado que no existe otro progenitor que tenga derecho al período de disfrute solicitado por la actora y, por tanto, no se trata de ninguna transferencia de su derecho individual. Igualmente, aunque se trate de un supuesto de hecho distinto, el artículo 2 a) de la Disposición Adicional Decimotercera del Estatuto de los Trabajadores establece que: " *En caso de fallecimiento de la madre biológica, con independencia de que esta realizara o no algún trabajo, el otro progenitor tendrá derecho a la totalidad de 16 semanas de suspensión previstas para la madre biológica de conformidad con el artículo 48.4*".

Por tanto, se trata, igualmente, de un supuesto excepcional en que el sólo existe un progenitor y la ley ya prevé que el otro progenitor tendrá derecho a la totalidad de las 16 semanas de suspensión".

La Sala no comparte esta solución. Se trata de un supuesto que como se verá ya ha obtenido pronunciamientos contradictorios y así la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 19 de octubre de 2021 (Recurso 1563/2021) dispone:

*"SEGUNDO.- Para decidir el recurso se debe tener en cuenta que la recurrente alegó en su reclamación que era una madre sin pareja por propia decisión, determinación sin duda respetable como tan digna de respeto es la de conformar lo que se llama una familia biparental. El constituir una familia monoparental, tanto si se trata de una mujer como de un hombre quien la forma recurriendo a la maternidad subrogada, genera en el terreno en el que nos movemos una serie de derechos que están diseñados en la ley, en tanto amplía a doce semanas más la prestación controvertida solo para las familias biparentales, acudiendo en primer lugar a garantizar la igualdad de trato y oportunidades entre hombres y mujeres en el empleo y la ocupación, mientras que el que compete al progenitor distinto de la madre biológica obedece a favorecer la vida personal, familiar y laboral al fomentar la corresponsabilidad de los padres en el cuidado de los hijos comunes, como destaca el RDL 6 / 2019, siendo este último un derecho individual y exclusivo del progenitor distinto del de la madre biológica, que no se puede transferir a esta, como señala el artículo 48. 4 del ET , al recalcar que se trata de un derecho individual de la persona trabajadora.*

*Siendo evidente la falta de amparo normativo de la extensión a las familias monoparentales del permiso de doce semanas adicionales dispensado para las familias biparentales, no debe caer en saco roto que la concesión de este supone que el progenitor distinto de la madre necesariamente se halle afiliado a la Seguridad Social, en alta o en situación asimilada y cubra un periodo mínimo de cotización, de ahí que la inexistencia de un progenitor que cumpla estos requisitos legales no puede ser suplida como una ficción por la propia madre integrante de la familia monoparental, pues además la prestación de esas doce semanas implica que al abonarse en función de la base reguladora diaria del beneficiario, lo lógico es que sea distinta, superior o inferior a la de la madre, mientras que en el caso resuelto por la sentencia del TSJ del País Vasco, como aquí se reclama, la de estas doce semanas añadidas sería la misma que para las primeras dieciséis, supliendo a ese ficticio progenitor.*

*El argumento de la protección del menor como sustento del recurso es falaz, pues no existe una supuesta vulneración de un teórico derecho del menor de las familias monoparentales a ser cuidado en condiciones de igualdad con respecto a las biparentales. Antes al contrario, como se ha dicho antes, en el caso de las familias biparentales la prestación que corresponde al progenitor respecto las doce semanas adicionales precisa como condición inexcusable su encuadramiento en la Seguridad Social y cubrir un periodo mínimo de carencia, en caso contrario no se le concede, de modo que el interés del menor no puede ser el factor decisivo en esta cuestión, sin que pueda alegarse un trato desigual de ambos tipos de familias, desigualdad que sí se daría respecto la recurrente monoparental en el supuesto de las biparentales en que uno de los progenitores no pudiera beneficiarse de las doce semanas invocadas en la demanda y recurso.*

*Si fuera así, el legislador podría haber regulado esta materia de un modo distinto a como lo hizo, entendiendo finalmente la Sala que el reconocimiento en condiciones de igualdad para la monoparentalidad del derecho a la prestación dispensada al otro progenitor en las familias biparentales constituye una mera argumentación de lege ferenda, que cabalmente no puede ser empleada como sustento de una decisión jurisdiccional.*

*En definitiva, como quiera que la sentencia recurrida no contraviene las normas citadas en el recurso, deberá este ser desestimado, confirmándose la citada resolución judicial".*

No puede esta Sala sino compartir esta solución. Son varias las circunstancias que llevan a la misma.



En primer lugar, la diferente finalidad que se establece según se trate de la madre o del otro progenitor. Protección de la salud de la mujer trabajadora durante el embarazo, parto y puerperio en el primer caso y favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, fomentando la corresponsabilidad de madres y padres en el cuidado de los hijos en el segundo.

En segundo lugar, los requisitos que se precisan para ser beneficiario de la misma, pues estamos hablando de una prestación y no de un regalo. Es necesario un periodo de cotización, salvo en el caso de los menores de 21 años, y en todo caso, ser un trabajador/a afiliado a la Seguridad Social, en alta o en situación asimilada. En el supuesto de familias monoparentales estaríamos presumiendo este requisito que puede no concurrir en las biparentales haciéndolas, por tanto, de peor condición tal como señala la parte recurrente.

En tercer lugar, la exigencia de la condición de trabajador, que en este caso presumiríamos, resulta de la propia Disposición transitoria decimotercera que en su número dos dispone: "a) En caso de fallecimiento de la madre biológica, con independencia de que ésta realizara o no algún trabajo, el otro progenitor tendrá derecho a la totalidad de 16 semanas de suspensión previstas para la madre biológica de conformidad con el artículo 48.4". Esto es, se especifica claramente que en este supuesto no resulta necesaria la condición de trabajadora, y de ello cabe deducir que en los demás casos si es precisa. Que ello es así resulta del artículo 48 ET cuando dispone que, "este es un derecho individual de la persona trabajadora sin que pueda transferirse su ejercicio al otro progenitor".

En cuarto lugar, la cuantía de la base reguladora, determinada, en todo caso, en función de las bases de cotización y que también habría que presumir que serían iguales de ser una familia biparental para otorgar el derecho en los términos en que se solicita.

Determina lo expuesto la estimación del recurso interpuesto por la Entidad Gestora demandada y la revocación de la sentencia impugnada.

**VISTOS** los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

## FALLAMOS

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de DIRECCION000, dictada el 20 de septiembre de 2021 en los autos núm. 400/2021 seguidos a instancia de Doña Fidela frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, revocamos dicha resolución y desestimado la demanda formulada, absolvemos a dichos demandados de las pretensiones formuladas en su contra.

### *Medios de impugnación*

Se advierte a las partes que contra esta sentencia cabe interponer **recurso de casación para la unificación de doctrina**, que habrá de prepararse mediante escrito suscrito por letrado, presentándolo en esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de los diez días hábiles siguientes a la fecha de notificación de la misma en los términos de los artículos 221, 230.3 de la LRJS, y con los **apercibimientos** contenidos en esto y en los artículos 230.4, 5 y 6 de la misma Ley.

Pásense las actuaciones a la Sra. Letrada de la Administración de Justicia para cumplir los deberes de publicidad, **notificación** y registro de la Sentencia.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.