



Roj: **SJSO 5/2022 - ECLI:ES:JSO:2022:5**

Id Cendoj: **39075440042022100001**

Órgano: **Juzgado de lo Social**

Sede: **Santander**

Sección: **4**

Fecha: **31/01/2022**

Nº de Recurso: **875/2021**

Nº de Resolución: **24/2022**

Procedimiento: **Seguridad social**

Ponente: **OSCAR FERRER CORTINES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**JUZGADO DE LO SOCIAL Nº 4** CALLE ALTA 18 Santander Teléfono: 942248107 Fax.: 942248130 Modelo: TX004

Proc.: **SEGURIDAD SOCIAL Nº : 0000875/2021** NIG: 3907544420210005310 Materia: Enfermedad profesional: Declaración

Resolución: Sentencia 000024/2022

Demandante Camino Abogado: IGNACIO FERNANDEZ FERNANDEZ

Demandado INSS Y TGSS LETRADO SEGURIDAD SOCIAL

Demandado COLEGIO MARÍA REINA INMACULADA

**SENTENCIA nº 000024/2022**

En Santander, a 31 de enero de 2022.

Magistrado: D. Óscar Ferrer Cortines Procedimiento: Seguridad Social 875/2021

Objeto: prestación por nacimiento y cuidado de menor

**Parte actora:**

-D.ª Camino

Abogado: D. Ignacio Fernández Fernández

**Partes demandadas:** -INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Letrado de la Administración de la Seguridad Social: D. José Luis López Tarazona

-COLEGIO MARÍA REINA INMACULADA

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

### **Primero. Demanda y ampliación a la demanda.**

1. El presente procedimiento se inició en virtud de demanda presentada con fecha 23 de noviembre de 2021 con el siguiente suplico: *SUPLICO AL JUZGADO que tenga por presentado este escrito, se sirva admitirlo y, en su virtud, tenga por interpuesta DEMANDA en materia de PRESTACIÓN POR NACIMIENTO Y CUIDADO DE MENOR contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL para que, seguidos los trámites legalmente previstos en la ley de rito, acuerde citar a las partes a juicio oral tras el que se dicte Sentencia que, estimando íntegramente la presente demanda, declare el Derecho de la actora a disfrutar de las 16 semanas de permiso que le corresponderían al otro progenitor de encontrarse en la situación de una familia biparental, disfrutándose de ese permiso a continuación de las 16 semanas inicialmente reconocidas (hasta un total de 32 semanas), con*



las consecuencias legales que de ello se deriven, así como que se condene a la entidad demandada a estar y pasar por la anterior declaración.

2. Mediante escrito presentado con fecha 10 de enero de 2022 la parte actora amplió la demanda frente al COLEGIO MARÍA REINA INMACULADA.

### Segundo. Juicio.

El juicio se celebró con 25 de enero de 2022. La parte actora se ratificó en la demanda.

El INSS-TGSS contestó a la demanda interesando su desestimación íntegra.

El COLEGIO MARÍA REINA INMACULADA se allanó a la demanda. Se propuso y admitió la prueba documental.

Las partes elevaron a definitivas las conclusiones y quedó el pleito visto para sentencia.

## HECHOS PROBADOS

**Primero.** D.<sup>a</sup> Camino figura de alta en el COLEGIO MARÍA REINA INMACULADA desde el 01 de septiembre de 2004.

**Segundo.** La actora solicitó en fecha 10 de septiembre de 2021 la prestación por nacimiento y cuidado de menor. Por resolución de 10 de septiembre de 2021 se le reconoció la prestación con fecha de inicio de 02 de septiembre de 2021 y fecha fin de 22 de diciembre de 2021 (16 semanas), con una base reguladora diaria de 101,58 €.

**Tercero.** En fecha 22 de octubre de 2021 la actora presentó reclamación solicitando la ampliación en 16 semanas de la prestación por nacimiento y cuidado de menor con fundamento en que constituye una familia monoparental. La reclamación fue desestimada por resolución de 21 de octubre de 2021.

**Cuarto.** La demandante tuvo una hija el 02 de septiembre de 2021. Ambas constituyen una familia monoparental.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero. Valoración probatoria.** Dispone el art. 97.2 LRJS que *la sentencia deberá expresar, dentro de los antecedentes de hecho, resumen suficiente de los que hayan sido objeto de debate en el proceso. Asimismo, y apreciando los elementos de convicción, declarará expresamente los hechos que estime probados, haciendo referencia en los fundamentos de derecho a los razonamientos que le han llevado a esta conclusión, en particular cuando no recoja entre los mismos las afirmaciones de hechos consignados en documento público aportado al proceso respaldados por presunción legal de certeza. Por último, deberá fundamentar suficientemente los pronunciamientos del fallo.* En el presente caso los hechos probados no se discuten. La resolución del litigio tiene una naturaleza jurídica.

**Segundo. Objeto de la controversia.** La demandante solicita una ampliación de 16 semanas de la prestación de nacimiento y cuidado de menor alegando que constituye una familia monoparental, circunstancia que, en caso de no accederse a la pretensión, provocaría una discriminación de los hijos nacidos en familias monoparentales (que solo disfrutaban de 16 semanas de permiso) respecto de las biparentales (que tienen 32, la mitad cada progenitor). Se invoca igualmente una discriminación por razón de sexo al estar constituidas mayoritariamente las familias monoparentales por mujeres. El INSS-TGSS se opone aduciendo que la normativa aplicable no reconoce el derecho a que la madre biológica pueda ampliar sus 16 semanas por el hecho de ser familia monoparental; y, subsidiariamente, alega que la ampliación no podría extenderse más allá de las 10 semanas. El COLEGIO MARÍA REINA INMACULADA se allanó a la demanda. Pasamos a analizar las dos cuestiones planteadas: si procede ampliar la prestación; y, de darse una respuesta positiva a tal cuestión, si la ampliación ha de ser de 10 o 16 semanas.

**Tercero. Análisis del derecho a la ampliación de la prestación de nacimiento y cuidado de menor en caso de familias monoparentales.** El art. 48.4 TRLET regula el permiso por nacimiento en los siguientes términos: *4. En el supuesto de parto, la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables en el supuesto de parto múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo. El periodo de suspensión se distribuirá a opción de la interesada siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto. En caso de fallecimiento de la madre, con independencia de que esta realizara o no algún trabajo, el otro progenitor podrá hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste del periodo de suspensión, computado desde la fecha del parto, y sin que se descuente del mismo la parte que la madre hubiera podido disfrutar con anterioridad al parto. En el supuesto de fallecimiento del hijo, el periodo de suspensión no se verá reducido, salvo*



que, una vez finalizadas las seis semanas de descanso obligatorio, la madre solicitara reincorporarse a su puesto de trabajo.No obstante lo anterior, y sin perjuicio de las seis semanas inmediatamente posteriores al parto de descanso obligatorio para la madre, en el caso de que ambos progenitores trabajen, la madre, al iniciarse el periodo de descanso por maternidad, podrá optar por que el otro progenitor disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del periodo de descanso posterior al parto bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre. El otro progenitor podrá seguir haciendo uso del periodo de suspensión por maternidad inicialmente cedido aunque, en el momento previsto para la reincorporación de la madre al trabajo, esta se encuentre en situación de incapacidad temporal.En el caso de que la madre no tuviese derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones de acuerdo con las normas que regulen dicha actividad, el otro progenitor tendrá derecho a suspender su contrato de trabajo por el periodo que hubiera correspondido a la madre, lo que será compatible con el ejercicio del derecho reconocido en el apartado 7.En los casos de parto prematuro y en aquellos en que, por cualquier otra causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, el periodo de suspensión podrá computarse, a instancia de la madre, o en su defecto, del otro progenitor, a partir de la fecha del alta hospitalaria. Se excluyen de dicho cómputo las seis semanas posteriores al parto, de suspensión obligatoria del contrato de la madre.

En los casos de parto prematuro con falta de peso y aquellos otros en que el neonato precise, por alguna condición clínica, hospitalización a continuación del parto, por un periodo superior a siete días, el periodo de suspensión se ampliará en tantos días como el nacido se encuentre hospitalizado, con un máximo de trece semanas adicionales, y en los términos en que reglamentariamente se desarrolle.

En concordancia con este precepto, el art. 177 TRLGSS contempla el nacimiento como situación protegida a efectos de la prestación por nacimiento y cuidado de menor. Señala dicho precepto: 1. Artículo 177. Situaciones protegidas.A efectos de la prestación por nacimiento y cuidado de menor prevista en esta sección, se consideran situaciones protegidas el nacimiento, la adopción, la guarda con fines de adopción y el acogimiento familiar, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las comunidades autónomas que lo regulen, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año, durante los periodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en los apartados 4, 5 y 6 del artículo 48 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y en el artículo 49.a), b) y c) del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

El citado art. 484 TRLET fue reformado por el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, que equiparó la duración de los permisos por nacimiento de hijo o hija de ambos progenitores (en la regulación anterior solo se contempla el permiso de 16 semanas para la mujer).

2. La regulación expuesta conlleva una situación discriminatoria de los hijos nacidos en familias monoparentales (que solo disfrutaban de 16 semanas de permiso) respecto de las biparentales (que tienen 32, la mitad cada progenitor). Tal discriminación es contraria a la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (BOE 31-12-1990), la cual establece una proscripción de trato discriminatorio del menor, como se desprende de diversos preceptos: el art. 2.1 indica que "los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales; el art. 2.2 señala que "los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares"; el art. 3.1 prescribe 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"; y el art. 26.1 dispone que "las prestaciones (de Seguridad Social) deberían concederse, cuando corresponda, teniendo en cuenta los recursos y la situación del niño y de las personas que sean responsables del mantenimiento del niño, así como cualquier otra consideración pertinente a una solicitud de prestaciones hecha por el niño o en su nombre". La vulneración del citado convenio por parte de la normativa interna obliga a efectuar una aplicación conforme al texto convencional. Así lo dispone el art. 31 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre sobre Tratados y Acuerdo Internacionales, según el cual "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, salvo las normas de rango constitucional". En el mismo sentido, el TC ha señalado que los jueces ordinarios se hayan obligados a analizar la compatibilidad entre los tratados y la normativa interna y a dirimir la selección del derecho aplicable, conforme a la doctrina constitucional. Al respecto, señala la STC de 20 de diciembre de 2018, recurso 3754/2014: *La noción de control*



de convencionalidad surge formalmente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia de 26 de septiembre de 2006 (asunto Almonacid Arellano y otros c. Chile), pronunciamiento en el que se establece que, cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional, sus jueces también están sometidos a dicho tratado, lo que les obliga a velar porque los efectos de sus disposiciones "no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos" y el tratado en cuestión, que en aquel pronunciamiento era la Convención Interamericana de Derechos Humanos. Nuestro texto constitucional no contiene previsión expresa alguna relativa a la exigencia de que los jueces ordinarios formulen dicho control de convencionalidad; y tampoco existe esta previsión en relación con el Tribunal Constitucional. Esta ausencia hace preciso verificar si, a pesar de esa constatación inicial, tal control tiene vinculación con algún precepto constitucional y expresa en su caso, cuál es el órgano jurisdiccional competente para formularlo y cuál debe ser su alcance. El artículo 96 CE establece que "los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional". Este precepto no atribuye superioridad jerárquica a los tratados sobre las leyes internas, aunque establece, de un lado, una regla de desplazamiento por parte del tratado de la norma interna anterior, sin que ello suponga su derogación, y, de otro, define la resistencia del tratado a ser derogado por las disposiciones internas posteriores en el tiempo, sin que esto último suponga la exclusión de la norma interna del ordenamiento nacional, sino su mera inaplicación. Dicho en otros términos, la constatación de un eventual desajuste entre un convenio internacional y una norma interna con rango de ley no supone un juicio sobre la validez de la norma interna, sino sobre su mera aplicabilidad, por lo que no se plantea un problema de depuración del ordenamiento de normas inválidas, sino una cuestión de determinación de la norma aplicable en la solución de cada caso concreto, aplicación que deberá ser libremente considerada por el juez ordinario. En este sentido hay que entender los pronunciamientos en los que este Tribunal ha venido sosteniendo que los tratados internacionales "no constituyen canon para el enjuiciamiento de la adecuación a la Constitución de normas dotadas de rango legal" (en este sentido SSTC 49/1988, de 22 de marzo, FJ 14; 28/1991, de 14 de febrero, FJ 5; 254/1993, de 20 de julio, FJ 5, y 12/2008, de 29 de enero, FJ 2). El marco jurídico constitucional existente erige, pues, al control de convencionalidad en el sistema español en una mera regla de selección de derecho aplicable, que corresponde realizar, en cada caso concreto, a los jueces y magistrados de la jurisdicción ordinaria. Como viene estableciendo de forma incontrovertida la jurisprudencia previa, la determinación de cuál sea la norma aplicable al caso concreto es una cuestión de legalidad que no le corresponde resolver al Tribunal Constitucional sino, en principio, a los jueces y tribunales ordinarios en el ejercicio de la función jurisdiccional que, con carácter exclusivo, les atribuye el artículo 117.3 CE (por todas SSTC 49/1988, de 22 de marzo, FJ 14 y 180/1993, de 31 de mayo, FJ 3; 102/2002, FJ 7). En síntesis, la facultad propia de la jurisdicción para determinar la norma aplicable al supuesto controvertido se proyecta también a la interpretación de lo dispuesto en los tratados internacionales (STC 102/2002, FJ 7), así como al análisis de la compatibilidad entre una norma interna y una disposición internacional. Ello supone que, en aplicación de la prescripción contenida en el artículo 96CE, cualquier juez ordinario puede desplazar la aplicación de una norma interna con rango de ley para aplicar de modo preferente la disposición contenida en un tratado internacional, sin que de tal desplazamiento derive la expulsión de la norma interna del ordenamiento, como resulta obvio, sino su mera inaplicación al caso concreto. La admisión de la posibilidad de que una norma con rango legal sea inaplicada por órganos de la jurisdicción ordinaria ha sido admitida por este Tribunal en aplicación del principio de prevalencia (SSTC 102/2016, de 25 de mayo; 116/2016, de 20 de junio, y 127/2016, de 7 de julio), en lo que hace al control de constitucionalidad de normas preconstitucionales (STC 11/1981, de 8 de abril), y a la hora de determinar las relaciones entre las fuentes internas de rango legal y las normas de derecho comunitario derivado (por todas SSTC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 5; 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4; 180/1993, de 31 de mayo, FJ 3; 145/2012, de 2 de julio, FJ 2, y 118/2016, de 23 de junio, FJ 3). Incluso, en un obiter dictum contenido en el FJ 3 de la STC 118/2016, de 23 de junio, se dijo expresamente que "es a los órganos judiciales ordinarios a quienes corresponde el control, entonces, tanto de la eventual contradicción entre una norma foral fiscal y una disposición de un tratado o convenio internacional firmado y ratificado por España (SSTC 270/2015, de 17 de diciembre, FJ 5, y 29/2016, de 18 de febrero, FJ 5), como de la adecuación de las normas forales fiscales a las normas de armonización fiscal de la Unión Europea [SSTC 64/2013, de 14 de marzo, FJ 4, y 44/2015, de 5 de marzo, FJ 5 b)]". En suma, el análisis de convencionalidad que tiene cabida en nuestro ordenamiento constitucional no es un juicio de validez de la norma interna o de constitucionalidad mediata de la misma, sino un mero juicio de aplicabilidad de disposiciones normativas; de selección de derecho aplicable, que queda, en principio, extramuros de las competencias del Tribunal Constitucional que podrá, no obstante, y en todo caso por la vía procesal que se pone a su alcance a través del recurso de amparo constitucional, revisar la selección del derecho formulada por los jueces ordinarios en determinadas circunstancias bajo el parámetro del artículo 24.1 CE, que garantiza "que el fundamento de la decisión judicial sea la aplicación no arbitraria ni irrazonable de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un



*error patente con relevancia constitucional, como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (por todas, SSTC 25/2000, de 31 de enero, FJ 2; 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6, y 308/2006, de 23 de octubre, FJ 5)" ( STC 145/2012, de 2 de julio, FJ 4). La conclusión inmediata es que el recurso también debe ser desestimado en este punto, por cuanto cualquier análisis de compatibilidad entre los tratados y la Ley Orgánica 1/2014 se dirimirá en términos de legalidad ordinaria y selección del derecho aplicable en un primer término, y no en clave de contradicción con el artículo 96 CE de la norma interna eventualmente contraria a un tratado. Con los fundamentos expuestos, ha de concluirse que la normativa interna que regula los permisos de nacimiento solo puede aplicarse de manera que no contradiga la Convención sobre los Derechos del Niño, lo que, a su vez, solo puede hacerse equiparando el permiso de las familias monoparentales a las biparentales. En definitiva, procede estimar la pretensión de la demanda y conceder a la actora el derecho a la ampliación del permiso de nacimiento.*

3. La solución alcanzada ya cuenta con alguna resolución de TSJ en la misma línea ( STSJ del País Vasco de 06 de octubre de 2020, recurso 941/2020; STSJ de Madrid de 13/10/2021, recurso 620/2021, que siga la doctrina de la anterior; y STSJ de Aragón, Contencioso, de 27 de octubre de 2021, recurso 141/2021, que cita además el art. 24 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE). En contra, la STSJ de la Comunidad Valenciana, recurso 1563/2021). Reproducimos los argumentos de la citada STSJ del País Vasco de 06 de octubre de 2020, pionera en esta materia: *El art. 10,2 CE señala que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán con la conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre las mismas materias ratificados por España; respecto a los Tratados, el art. 96 CE señala que los Tratados Internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del Ordenamiento Jurídico y que la denuncia de los Tratados y Convenios Internacionales se instrumentalizará por la vía del art. 94 del mismo Texto. La Ley 25/2014, de 27 de noviembre sobre Tratados y Acuerdos Internacionales refiere respecto a ellos su prevalencia sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango internacional ( art. 31). Nuestra jurisprudencia es clara en señalar que el art. 10, 2 CE no es un simple enunciado, y que debe darse una aplicación directa a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a los Tratados y Acuerdo Internacionales ( TC 15-10-1982, sentencia 62/82 ); y se reitera en el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria, y así, por ejemplo lo hace la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS (por todas STS de 24-4- 2001, recurso 7756/94, que nos recuerda que es jurisprudencia reiterada la aplicación de los Tratados Internacionales y de los Convenios). En esta línea discursiva nos encontramos con la Convención sobre los Derechos del Niño, BOE 31-12-1990 y que señala: los Estados parte respetarán los derechos enunciados en la presente Convención, sin distinción alguna por la condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales, debiéndose adoptar todas las medidas para que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, tutores o familiares; en segundo término se señala que todas las medidas que se adopten por las Instituciones Públicas o los Tribunales considerarán primordialmente el interés superior del niño; precisando el art. 18 el máximo empeño en garantizar las obligaciones comunes de los padres respecto a la crianza y el desarrollo del niño, adoptándose todas las medidas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que se reúnan las condiciones requeridas; y, por último, el art. 26 nos recuerda que las prestaciones de Seguridad Social deberán reconocerse teniendo en cuenta la situación del niño y de las personas responsables de su mantenimiento. Sobre ello es aplicable la doctrina del TS, Sala Primera, respecto a la aplicación de la Convención y al art. 3 de la misma, sentencia de 16- 6-2020, recurso 2629/19 .Por último 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 2859716), ha destacado que las normas en materia de protección de la maternidad han de ser interpretadas a la luz del principio general del interés superior del menor que se integra en el núcleo familiar con el progenitor o progenitores que le prestan atención y cuidados parentales, conforme a lo establecido en el art. 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, y al mandato del art. 39 CE, relativo a la protección a la familia y a la infancia, siendo este designio el que debe prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda exegética, así como de acuerdo a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas, atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad. CUARTO.- El art. 177 LGSS otorga una prestación por nacimiento y cuidado de menor por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento familiar, durante los períodos de descanso que por tales situaciones se disfrutan de conformidad a los apartados 4, 5 y 6 del art. 48 del ET, y del art. 49, a), b) y c) del EBEP. El art. 48 ET, modificado a través del RDL 6/19, de 1 de marzo, estableció, en resumen, que el nacimiento suspende el contrato de trabajo de la madre biológica durante 16 semanas, de las cuales serán obligatorias las 6 semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto, y fijó para el progenitor distinto de la madre biológica una suspensión de 16 semanas, de las cuales serán obligatorias las 6 semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto, pormenorizándose diversas situaciones como son el parto*



premature, la adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento, así como supuestos de discapacidad. A su vez, la suspensión del contrato de cada uno de los progenitores por el cuidado de menor una vez transcurridas las 6 semanas inmediatamente posteriores al parto puede disfrutarse a voluntad de los progenitores en períodos semanales acumulados o interrumpidos, y ejercitarse desde la finalización de la suspensión obligatoria posterior al parto hasta que el hijo o la hija cumpla 12 meses. Destacamos que expresamente se señala: " este derecho es individual de la persona trabajadora sin que pueda transferirse su ejercicio al otro progenitor ". QUINTO.- Es indudable que la prestación que examinamos y la reforma introducida en el art. 48 ET se congenia con tres vías claras: la protección del menor y engeneral de la infancia; la introducción de una medida de igualdad de la mujer; y un elemento de conciliación de la vida familiar. Vamos a estimar el recurso en base a la primera consideración. Desde el paraguas general de no discriminación, si se deniega la prestación a la beneficiaria, en los términos que lo pide, existe una conculcación del derecho de igualdad que consagra la Convención sobre los Derechos del Niño ya indicada de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, por cuanto que la atención, cuidado y desarrollo del menor afectado va a sufrir una clara merma respecto a aquellos otros que en situación semejante, encuadrados dentro de un modelo familiar biparental, van a recibir. Si partimos de la rechazable discriminación del menor por su propia condición o por el estado civil o situación de su progenitor, cuando introducimos un período de cuidado y atención para el grupo de hijos o hijas monoparentales, estamos no solamente mermando la atención que en las familias biparentales se presta, sino que también introducimos un sesgo que quebranta el desarrollo del niño, al quedar atendido menos tiempo y con menor implicación personal de quien ha sido considerado progenitor. Por tanto, y siendo de directa aplicación, y en cuanto la Normativa Nacional quiebra esa igualdad, el Convenio sobre los Derechos del Niño, entendemos que corresponde la prestación pedida, sobre cuyos requisitos del devengo nada se cuestiona (ya hemos referido la aplicación directa de esta normativa). SEXTO.- Hemos anunciado que existen otros planos de confluencia en el derecho a la prestación que se reclama, y de aquí el que consideremos que la norma introduce un elemento importante de discriminación respecto a la mujer y a los fundamentos de la conciliación de la vida familiar. Como hemos estimado la prestación conforme hemos indicado en los ordinales precedentes, vamos a apuntar, exclusivamente, aquellas razones que hemos apreciado que pudieran ser vulneradoras de la Constitución, y en base a ellas el posible planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad. SEPTIMO.- Desde una perspectiva sociológica, subyacente al derecho, podemos significar como el sistema de familia nuclear biparental ha variado a partir de los años 70 en España y en el entorno occidental, introduciéndose nuevos modelos y entre ellos la familia monoparental. En términos estadísticos, según datos del Instituto Nacional de Estadística, en 2019 el número de hogares monoparentales alcanzaba 1.800.087, frente a la tipología general de hogares de 18.625.000, de los cuales pareja con hijo o hijos era de más de seis millones. Las familias monoparentales constituidas por varones eran 357.900, y por mujeres 1.530.600 hogares. Las familias monoparentales, en una tipología ordinaria, son uno o varios hijos que conviven con solteros, viudos, separados o divorciados. La situación familiar viene considerándose como un importante elemento referencial del estado del género, y en concreto determina la situación de la mujer en orden a sus expectativas y realidades laborales, atribuyéndose al modelo nuclear tradicional una posible manifestación de la situación de desigualdad de la mujer.

La realidad de las familias monoparentales, es muy variada, pero dejamos al margen la denominada feminización de la pobreza o los sistemas de atención y asistencia por vulnerabilidad (lo hacemos porque en principio nos encontramos ante trabajadores, aunque no olvidamos que es la mujer la que mayores contrataciones a tiempo parcial concierta), encontrándonos ahora ante prestaciones independientes de las ayudas que puedan establecerse por esas causas. En definitiva, el mayor bloque de integrantes en el rango de progenitores de las familias monoparentales es el de la mujer. Cuando se establece el disfrute de la suspensión del contrato de trabajo en el art. 48, números 5 a 7 ET, incorporando al varón u otro progenitor de forma indirecta se está perjudicando a la mujer. El tiempo de dedicación al menor por parte de ella es superior, porque no lo comparte, ni simultánea ni diacrónicamente lo bifurca; el tiempo de dedicación a la formación y promoción profesional también se merma; la promoción en el empleo y al desarrollo personal se reduce. La situación de la mujer vuelve a peyorizarse y en la buena apariencia, sin embargo, se vuelve a favorecer a un colectivo, pero aparte del mismo se le perjudica. Se ha pretendido una igualdad entre el hombre y la mujer, pero se ha introducido una nueva brecha que nos sitúa no ante el techo de cristal sino ante el suelo pegajoso, y ante una concepción de la igualdad funcionalista, que obvia el que las distintas manifestaciones de la misma se desarrollan dentro de los hábitat o estructuras sociales. Es por ello que los hogares monoparentales, e indirectamente la mujer, queda discriminada. También estos hogares monoparentales no tienen justificación de recibir un trato en su entorno dispar, pues el estado civil de la persona se introduce como un elemento fundamentalmente determinante de una situación de facto, como son solteros, viudas, o en ruptura matrimonial frente a los que presentan una situación de matrimonio o unión. De igual forma los derechos de conciliación y vida familiar reciben un trato dispar entre personas que partiendo del mismo supuesto, integración de la dinámica de la producción en la de reproducción, quedan protegidas en mayor forma que al integrarse en dinámicas de familia monoparental. La conciliación supone la integración de la maternidad y el trabajo. No solo en un intento, línea actual de los legisladores de

*ampliar la natalidad, sino de preservar la relación filial, asumiendo socialmente el rol familiar como parte de la dinámica social. El mundo del trabajo no queda al margen de la realidad biológica, debiéndose buscar fórmulas que congenien la realidad de la persona y la de los ciclos productivos. Esta integración, conciliación, no puede ser dispar según una situación que partiendo del mismo hecho, la infancia y los progenitores, oferten situaciones distintas para quienes se encuentran en igual coyuntura. Ciertamente es que la suspensión del contrato de trabajo tiene una repercusión dentro de la actividad empresarial, pero la integración en un solo progenitor de la acumulación de todo el período de suspensión, aglutina toda la suspensión en un solo trabajador, pero no deja de ser el mismo disfrute que cuando nos encontramos ante una dualidad de progenitores. Y, ya por último, puede existir una justificación del trato dispar a las formas de unidad de las parejas, pero de ella no puede inferirse un trato desigual a las familias que integran el hecho de la maternidad, acogimiento, adopción o guarda, pues la opción por el hogar monoparental no delimita un vínculo diferente de filiación determinante del cuidado y atención del menor, y sus propios derechos. Por tanto, es posible suscitar una quiebra del principio de igualdad del art. 14 CE.*

4. Se alega por el INSS, como argumento central de su oposición, que, además de la literalidad de la ley, existen serios elementos para concluir que la finalidad de la reforma operada por el Real Decreto-ley 6/19, de 1 de marzo, de medidas urgentes «para garantía de la igualdad de trato entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación» fue la equiparación de derechos entre hombres y mujeres y conseguir una igualdad efectiva en los permisos de maternidad (a tal efecto, alude a la exposición de motivos de la reforma, a los antecedentes parlamentarios, al carácter individual e intransferible del derecho o las previsiones de la ley en caso de fallecimiento del hijo o del otro progenitor), pero no el interés del menor. De ahí que concluya que, atendiendo a la interpretación literal de la norma, la interpretación teleológica (la finalidad de la norma) y la interpretación histórica (trabajos parlamentarios) no es posible ampliar el permiso de maternidad de la mujer en familias monoparentales, pues tal derecho no ha sido reconocido en la normativa referida por expresa voluntad del legislador. Aun admitiendo que la interpretación del legislador fue la apuntada por el INSS, ello no habilita a aquél a contravenir los tratados internacionales, en este caso la prohibición de discriminación de los menores proscrita por la Convención sobre los Derechos del Niño. Por tanto, la cuestión se desliza, no tanto a la exégesis del art. 48.4 TRLET, sino a la cuestión de si la regulación contenida en dicho precepto es contraria a los convenios internacionales y cómo debe solventarse tal contradicción, lo que ya hemos analizado anteriormente.

**Cuarto. Periodo de ampliación del permiso: 10 a 16 semanas.** En cuanto a si el permiso de nacimiento de la actora debe abarcar 10 o 16 semanas, se comparte la pretensión subsidiaria del INSS (10 semanas), y ello teniendo en cuenta que la madre ha disfrutado de 6 semanas ininterrumpidas inmediatamente seguidas al parto, y que el permiso de paternidad que correspondería al otro progenitor también exige que 6 semanas se disfruten inmediatamente siguientes al parto, de manera que en otro caso implicaría una desigualdad porque la familia monoparental disfrutaría de 32 semanas (16 de la madre y las 16 del otro progenitor que acumula) frente a las 26 que disfrutaría la familia biparental en caso de alternancia entre los progenitores en lugar de disfrute conjunto (en este sentido, SJS de Teruel 6 de octubre de 2021, autos 302/2021, entre otras).

**Quinto. Recursos.** La presente sentencia es recurrible en suplicación, de acuerdo con lo preceptuado en el art. 191.1 LRJS: *Son recurribles en suplicación las sentencias que dicten los Juzgados de lo Social en los procesos que ante ellos se tramiten, cualquiera que sea la naturaleza del asunto, salvo cuando la presente Ley disponga lo contrario;* y el art. 191.3.c) LRJS: *Procederá en todo caso la suplicación: (...) En los procesos que versen sobre reconocimiento o denegación del derecho a obtener prestaciones de Seguridad Social, así como sobre el grado de incapacidad permanente aplicable.*

## FALLO

En atención a lo expuesto, se estima la demanda interpuesta por D.<sup>a</sup> Camino contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y el COLEGIO MARÍA REINA INMACULADA y, en consecuencia: 1. Se reconoce a la demandante la ampliación de la prestación por nacimiento y cuidado de menor a 10 semanas adicionales, con la correspondiente prestación económica. 2. Se condena a las demandadas a estar y por esta declaración y al INSS-TGSS al abono de la prestación económica correspondiente.

## ADVERTENCIAS LEGALES

**-Medios de impugnación** Notifíquese esta resolución a las partes personadas, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer RECURSO DE SUPPLICACIÓN ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, que deberá anunciarse en este Órgano Judicial dentro del plazo de CINCO DÍAS contados desde el siguiente a su notificación.

**-Depósito para recurrir**



Para la admisión del recurso se deberá acreditar al anunciarse el mismo haber constituido un depósito de 300 €, salvo que el recurrente tuviere la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de Seguridad Social, sea beneficiario de justicia gratuita, sindicatos, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidades locales, las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos, las entidades de derecho público reguladas por su normativa específica y los órganos constitucionales.

**-Número de cuenta de depósitos** Los depósitos y consignaciones deberán ingresarse en la Cuenta de depósitos de este Juzgado: -Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Órgano abierta en el Banco Santander nº 3855000065087521. -Dígitos de transferencia: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274, debiendo indicar el tipo de recurso y, además, en el apartado "concepto" u "observaciones" el número de cuenta judicial completo indicado.

Así por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

**DILIGENCIA.** La anterior sentencia ha sido pronunciada y publicada por el/la Ilmo./a. Sr./a. Magistrado-Juez que la suscribe, el mismo día de su fecha y en Audiencia pública; se incluye el original de esta resolución en el libro de Sentencias, poniendo en los autos certificación de la misma y se notifica a cada una de las partes conforme a lo dispuesto en los artículos 56 y siguientes de la LRJS. Doy fe.