



Roj: **STSJ ICAN 1/2023 - ECLI:ES:Tsjican:2023:1**

Id Cendoj: **35016340012023100001**

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

Sede: **Palmas de Gran Canaria (Las)**

Sección: **1**

Fecha: **24/01/2023**

Nº de Recurso: **1910/2021**

Nº de Resolución: **105/2023**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **OSCAR GONZALEZ PRIETO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. SALA DE LO SOCIAL

Plaza de San Agustín Nº 6 Las Palmas de Gran Canaria

Teléfono: 928 30 64 00

Fax.: 928 30 64 08

Email: [socialtsj.lpa@justiciaencanarias.org](mailto:socialtsj.lpa@justiciaencanarias.org)

Proc. origen: Seguridad Social en materia prestacional Nº proc. origen: 0000613/2021-00

Órgano origen: Juzgado de lo Social Nº 4 de Las Palmas de Gran Canaria

Rollo: Recursos de Suplicación Nº Rollo: 0001910/2021

NIG: 3501644420210006765

Materia: Prestaciones

Resolución: Sentencia 000105/2023

*Intervención: Interviniente: Abogado:*

Recurrente INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

SERVICIO JURÍDICO SEGURIDAD SOCIAL LP

Recurrido Esmeralda Ignacio

En Las Palmas de Gran Canaria, a 24 de enero de 2023.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de CANARIAS en Las Palmas de Gran Canaria formada por los Iltrmos. Sres. Magistrados

D. ÓSCAR GONZÁLEZ PRIETO, Dña. MARÍA JESÚS GARCÍA HERNÁNDEZ, D. JAVIER RAMÓN DÍEZ MORO, DÑA. GLORIA POYATOS MATAS, DÑA. ROSARIO ARELLANO MARTÍNEZ y D. JAVIER ERCILLA GARCÍA, ha pronunciado

**EN NOMBRE DEL REY**

la siguiente

**SENTENCIA**

En el Recurso de Suplicación núm. 0001910/2021, interpuesto por INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, frente a **Sentencia** 000507/2021 del Juzgado de lo Social Nº 4 de Las Palmas de Gran Canaria los Autos Nº 0000613/2021 -00 en reclamación de Prestaciones siendo Ponente el ILTMO. SR. D. ÓSCAR GONZÁLEZ PRIETO.



## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**- Según consta en Autos, se presentó demanda por Dña. Esmeralda, en reclamación de Prestaciones siendo demandado INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y celebrado juicio y dictada Sentencia estimatoria, el día 08 de octubre de 2021, por el Juzgado de referencia. **SEGUNDO.**- En la citada Sentencia y como hechos probados, se declaran los siguientes:

"HECHOS PROBADOS

**PRIMERO.**- La actora, con DNI NUM000 con NASS NUM001 solicitó la prestación de nacimiento y cuidado de un menor, por nacimiento de su hijo el NUM002 .2021.

**SEGUNDO.**- La actora es madre de un menor nacido el día NUM003 .2021, constando inscrito en el Registro Civil de DIRECCION000, siendo su única progenitora la actora.

**TERCERO.**- El INSS dictó resolución el día 13.04.2021 de concesión de la prestación solicitada en, con derecho al percibo del 100% de una base reguladora diaria de 72,61 euros desde el 05.04.2021 a 25.07.2021.

**CUARTO.**- Contra dicha Resolución fue interpuesta la oportuna reclamación en Vía Previa en fecha 29.06.2021, solicitando la ampliación de la prestación de nacimiento y cuidado de un menor, de 16 a 32 semanas, por tratarse de una familia monoparental. que fue desestimada de manera expresa el 13.07.2021."

**TERCERO.**- El Fallo de la Sentencia de instancia literalmente dice: "Que, estimando parcialmente la demanda origen de las presentes actuaciones, promovida por DÑA. Esmeralda frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL sobre

PRESTACIONES POR PATERNIDAD, debo revocar y revoco parcialmente la resolución del INSS de 13.04.2021 y al efecto, debo declarar y declaro el derecho de la parte actora al percibo de la prestación por nacimiento y cuidado del menor por un periodo total de 26 semanas, esto es, 10 semanas más de las ya reconocidas en dicha resolución, sobre una base reguladora de 72,61 euros.

Y debo absolver y absuelvo a la demandada del resto de pedimentos contenidos en la demanda en su contra."

**CUARTO.**- Que contra dicha Sentencia, se interpuso Recurso de Suplicación por la parte NSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, y recibidos los Autos por esta Sala, se formó el oportuno rollo y pase al Ponente. Señalándose para votación y fallo el día 22 de noviembre de 2022.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**- La parte demandante interpuso demanda solicitando la ampliación de la prestación de nacimiento y cuidado de un menor de las 16 semanas reconocidas a 32 semanas por tratarse de una familia monoparental voluntariamente constituida, tratándose de concepción por inseminación artificial, circunstancia que no ha sido controvertida en la instancia y que entendemos sí ha de tener relevancia jurídica en la proyección futura de tal decisión individual.

La sentencia de instancia estimó parcialmente la pretensión de la actora reconociéndole la prestación durante 10 semanas adicionales, alzándose frente a la misma la Entidad Gestora, INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, mediante el presente recurso de suplicación, articulado a través de motivos de censura jurídica a fin de que, revocada la de instancia, sea desestimada la demanda.

El recurso ha sido impugnado de contrario.

**SEGUNDO.**- Por el cauce del apartado c) del artículo 193 de la LRJS denuncia la recurrente la infracción de los artículos 177 a 180 de la LGSS, así como el artículo 48 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con la Disposición Transitoria del mismo texto legal en la redacción dada por el RDL 6/2019 de 1 de marzo .

El recurso de la Entidad Gestora se construye sobre las siguientes premisas:

1- Se trata de un derecho individual de la persona trabajadora no reconociéndose la posibilidad de su cesión entre los progenitores.

2- La diferente finalidad de los permisos que se conceden a la madre biológica ( preservar la salud de la mujer trabajadora y de su hijo) y los que se reconocen al progenitor distinto de la madre biológica, esto es, favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, fomentando la corresponsabilidad de madres y padres en el cuidado de los hijos comunes.

3- Anudado a lo anterior, dada la diferente finalidad de los permisos no se produce discriminación, además de que el derecho solicitado carece de amparo legal.



4- El reconocimiento requiere que tanto la madre biológica, como el progenitor distinto de la madre biológica se encuentren afiliados a la Seguridad Social o en situación asimilada al alta y tener cubierta un período mínimo de cotización de modo que la estimación del derecho supondría la presunción del cumplimiento de estos requisitos mientras que las familias biparentales habrían de acreditar su cumplimiento.

El impugnante considera que el recurso desconoce la realidad de una unidad familiar monoparental en las que no existe otro progenitor por lo que no resultaría obstáculo para el reconocimiento del derecho la imposibilidad de cesión del derecho entre progenitores. Entiende que la resolución de la entidad gestora ocasiona una situación de desigualdad que afecta no solo al progenitor monoparental, suponiendo una vulneración del derecho a la no discriminación por razón de sexo de las trabajadoras, sino también a los intereses del menor que ostentan el derecho a ser cuidados por sus figuras de apego en igual tiempo que aquellos que han nacido en una unidad familiar biparental. Destaca el marcado componente de género que tiene el derecho de conciliación del tiempo dedicado a la familia y trabajo con cita de las normas internas, europeas e internacionales en la materia

**TERCERO.-** Examen de la normativa legal aplicable.

En relación con el nacimiento y cuidado del menor, la Ley General de la Seguridad Social, en su artículo 177, regula como situación protegida, la siguiente:

*"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 períodos 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 artículo 178.1 de la LGSS identifica a los beneficiarios del subsidio por nacimiento y subsidio del menor de la forma que sigue:

*1. Serán beneficiarios del subsidio por nacimiento y cuidado de menor las personas incluidas en este Régimen General, cualquiera que sea su sexo, que disfruten de los descansos referidos en el artículo anterior, siempre que, además de reunir la condición general exigida en el artículo 165.1 y las demás que reglamentariamente se establezcan, acrediten los siguientes períodos mínimos de cotización:*

*a) Si la persona trabajadora tiene menos de veintidós años de edad en la fecha del nacimiento, o en la fecha de la decisión administrativa de acogimiento o de guarda con fines de adopción o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, no se exigirá período mínimo de cotización.*

*b) Si la persona trabajadora tiene cumplidos veintidós años de edad y es menor de veintiséis en la fecha del nacimiento, o en la fecha de la decisión administrativa de acogimiento o de guarda con fines de adopción o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, el período mínimo de cotización exigido será de noventa días cotizados dentro de los siete años inmediatamente anteriores al momento de inicio del descanso. Se considerará cumplido el mencionado requisito si, alternativamente, acredita ciento ochenta días cotizados a lo largo de su vida laboral, con anterioridad a esta última fecha.*

*c) Si la persona trabajadora tiene cumplidos veintiséis años de edad en la fecha del nacimiento, o en la fecha de la decisión administrativa de acogimiento o de guarda con fines de adopción o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, el período mínimo de cotización exigido será de ciento ochenta días cotizados dentro de los siete años inmediatamente anteriores al momento de inicio del descanso. Se considerará cumplido el mencionado requisito si, alternativamente, acredita trescientos sesenta días cotizados a lo largo de su vida laboral, con anterioridad a esta última fecha.*

Y destacable a los efectos que nos ocupan es el contenido del artículo 2 de la LGSS, que bajo la rúbrica de principios y fines de la Seguridad Social, dispone:

*1. El sistema de la Seguridad Social, configurado por la acción protectora en sus modalidades contributiva y no contributiva, se fundamenta en los principios de universalidad, unidad, solidaridad e igualdad.*

*2. El Estado, por medio de la Seguridad Social, garantiza a las personas comprendidas en el campo de aplicación de esta, por cumplir los requisitos exigidos en las modalidades contributiva o no contributiva, así como a los familiares o asimilados que tuvieran a su cargo, la protección adecuada frente a las contingencias y en las situaciones que se contemplan en esta ley.*

2.- Por su parte, el artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores (modificado por el RD 6/2019), nos dice:



*" 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".*

Así el precepto parte en su regulación de una situación en la que ambos progenitores contribuyen al cuidado del menor de forma simultánea durante las primeras seis semanas, también destinado a la recuperación de la madre, reconociendo otras 10 semanas a cada progenitor a disfrutar antes de que el hijo o hija cumpla doce meses, ya sea de forma acumulada o interrumpida. De esta regulación legal se desprende que, sumado todo el tiempo que corresponde a ambos progenitores y partiendo del período inicial de seis semanas

ininterrumpidas de disfrute simultáneo y obligatorio inmediatamente después del parto, la suspensión de la relación laboral, atendidos los respectivos fines, y la correlativa cobertura prestacional de concurrir los requisitos previstos legalmente, puede extenderse a 26 semanas, ya sean continuas o intermitentes.

La normativa parece atender exclusivamente a una de las opciones posibles en la actual y constatada diversidad de constitución familiar, regulando la situación de necesidad en la que confluyen dos progenitores, protegiendo en exclusiva la familia biparental frente a otras alternativas que reflejan una libertad de elección susceptible de protección como manifestación del libre desarrollo de la personalidad (ex artículo 10.1 de la Constitución Española), del pluralismo social y la igualdad de trato, debiendo ser removidos aquellos obstáculos que impidan o desmerezcan el libre ejercicio de la opción por la diversidad familiar, entre la que se encuentra la familia monoparental ( artículo 9.1 y 9.2 de la Constitución Española).

La atención legislativa se ha centrado en la biparentalidad, pero sin que pueda concluirse que la monoparentalidad, no la haya merecido. Así, por Real Decreto Ley 6/2019, de 1 de marzo, se eliminó la posibilidad de transferir el periodo de descanso de la madre biológica al otro progenitor, en caso de fallecimiento de la madre, siendo voluntad del legislador la de impedir la acumulación de periodos suspensivos y prestacionales en un supuesto concreto de familia monoparental sobrevenida, posibilidad hasta entonces permitida en aplicación del artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores en su anterior redacción. Y la situación de monoparentalidad se prevé expresamente en el supuesto especial previsto en el artículo 181 de la LGSS (Serán beneficiarias del subsidio por nacimiento previsto en esta sección, las trabajadoras incluidas en este Régimen General que, en caso de parto, reúnan todos los requisitos establecidos para acceder a la prestación por nacimiento y cuidado de menor regulada en la sección anterior, salvo el período mínimo de cotización establecido en el artículo 178) y a los efectos de la prestación no contributiva por nacimiento en el artículo 357 de la LGSS, entendiéndolo el legislador por familia monoparental en ambos casos la constituida por un solo progenitor con el que convive el hijo nacido o adoptado y que constituye el sustentador único de la familia, reconociendo la existencia de una situación de necesidad tributaria de protección.

Tratándose la que nos ocupa de una prestación contributiva de Seguridad Social, hemos de recordar que el artículo 41 de la Constitución Española considera como una "función del Estado" la protección de los ciudadanos ante situaciones de necesidad, pasando a ser un función de titularidad estatal, imponiéndose, como garantía institucional, la obligación de establecer o mantener un régimen público de protección que sea reconocible como tal, conforme a la imagen social que de aquella exista en cada tiempo y lugar. Sin embargo, el derecho que los ciudadanos pueden ostentar en materia de seguridad social es un derecho de estricta configuración legal, "... disponiendo el legislador de libertad para modular la acción protectora del sistema en atención a circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la propia viabilidad y eficacia de aquel" ( STC 65/1987 entre otras), libertad que se fundamenta en el hecho de " tratarse de recursos económicos necesariamente escasos en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y



las necesidades y deberes de los grupos sociales" ( SSTC 65/1987, FJ 17 ; 134/1987, de 21 de julio, FJ 5 ; 97/1990, de 24 de mayo, FJ 3 ; 184/1990, de 15 de noviembre, FJ 3 ; 361/1993, de 3 de diciembre, FJ 2 ; y 197/2003, de 30 de octubre , FJ 3, entre otras).

La STC 197/2003 sintetiza lo expuesto en los siguientes términos: "*[E]l art. 41 CE convierte a la seguridad social en una función estatal en la que pasa a ocupar una posición decisiva el remedio de situaciones de necesidad, pero tales situaciones han de ser apreciadas y determinadas teniendo en cuenta el contexto general en que se producen y en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los diversos grupos sociales. No puede excluirse por ello que el legislador, apreciando la importancia relativa de las situaciones de necesidad a satisfacer, regule, en atención a las circunstancias indicadas, el nivel y condiciones de las prestaciones a efectuar o las modifique para adaptarlas a las necesidades del momento ( STC 65/1987 ). Los arts. 41 y 50 CE no constriñen al establecimiento de un único sistema prestacional fundado en principios idénticos, ni a la regulación de unos mismos requisitos o la previsión de iguales circunstancias determinantes del nacimiento del derecho ( STC 114/1987 ). La identidad en el nivel de protección de todos los ciudadanos podrá constituir algo deseable desde el punto de vista social, pero cuando las prestaciones derivan de distintos sistemas o regímenes, cada uno con su propia normativa, no constituye un imperativo jurídico ( SSTC 103/1984 y 27/1988 ), ni vulnera el principio de igualdad". En la misma STC 197/2003 advertimos que, si bien la cobertura de las situaciones de necesidad de los colectivos sociales "es un ideal claramente deseable a la luz de los principios rectores de la política social y económica que nuestra Constitución asume en sus arts. 41 y 50 y que han de informar la legislación positiva - art. 53.3 CE -", "este Tribunal Constitucional no debe interferir con decisiones singularizadas susceptibles de alterar el equilibrio económico financiero del conjunto del sistema, salvo que la diferencia de tratamiento controvertida esté desprovista de toda justificación objetiva y razonable ( STC 184/1993, de 31 de mayo , FJ 6)"*

STC 91/2019 de 3 de julio de 2019, rec 688/2019 que refiere otras muchas: 103/1983, de 22 de noviembre; 65/1987, de 21 de mayo; 76/1988, de 26 de abril; 134/1987, de 21 de julio; 97/1990, de 24 de mayo; 184/1990, de 15 de noviembre; 361/1993, de 3 de diciembre; 197/2003, de 30 de octubre; y 213/2005, de 21 de julio.

Todo ello nos permite afirmar que el legislador, identificada una concreta situación de necesidad y conforme a una finalidad específica, diseñó un sistema de protección para el supuesto de nacimiento y cuidado del menor, comprendiendo como beneficiario al progenitor distinto de la madre, reconociendo un derecho prestacional a modo de subsidio de carácter condicionado, pues su efectividad no depende en exclusiva de la consideración de progenitor, sino y además, del cumplimiento de los requisitos típicos para el acceso a las prestaciones de nivel contributivo del Régimen General de la Seguridad Social, cuales son la afiliación y alta en dicho Régimen o situación asimilada a la de alta al sobrevenir la situación protegida, así como el cumplimiento de los requisitos de cotización contemplados en el artículo 178 de la LGSS. Derecho, en todo caso, individual e intransferible.

Lo pretendido por la beneficiaria, y que obtuvo favorable acogida en la instancia, supondría alterar el contenido de la acción protectora de la Seguridad Social afectando a la contributividad del sistema y, en definitiva, a su sostenibilidad económica, reconociendo un derecho que el legislador, atendida la configuración legal del mismo, ha delimitado perfectamente en su dimensión objetiva y subjetiva y cuya titularidad es ajena a la recurrida. Y si bien es cierto que el principio de contributividad ha resultado matizado considerando el carácter redistribuidor inherente a la seguridad social, es al legislador a quien incumbe desplazar la proporcionalidad entre cotización y prestación, garantizando en todo caso la viabilidad, sostenibilidad y eficacia del sistema. ( STC 91/2019, de 3 de julio de 2019).

En definitiva, afirmamos la existencia de una situación de necesidad amplificada en las familias monoparentales, que incrementa el riesgo de vulnerabilidad y exclusión social, dificultando la conciliación entre la vida familiar y laboral. Al igual que mantenemos que tal evidente situación de necesidad resultaría merecedora de una especial regulación que removiera los obstáculos que dificultan o impiden la libertad de elección partiendo del reconocimiento de la diversidad familiar. Sin embargo, concluimos que no corresponde a los jueces y tribunales, en su función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, ex artículo 117 de la Constitución Española, configurar derechos de alcance prestacional al margen de los principios básicos del sistema y de su preceptiva configuración legal, suplantando de esta forma las funciones asignadas a otro Poder del Estado.

No obstante, y conforme a constante doctrina constitucional, la libertad del legislador para modular la acción protectora del sistema de seguridad social en atención a circunstancias económicas y sociales está sometida al necesario respeto de los principios constitucionales y, por ende, a las exigencias del principio de igualdad y no discriminación ( STC 61/2013), lo que exigirá el análisis de la cuestión desde tales exigencias, partiendo de la finalidad a que responden las instituciones suspensivas previstas en el artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores y su correspondiente reflejo prestacional.

**CUARTO.-** De la finalidad a que responden la suspensión de la relación laboral en supuestos de nacimiento.



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 dio una redacción al apartado cuarto del artículo 48 del Estatuto de los Trabajadores. El propósito de la modificación legislativa se contiene en la exposición de motivos de la norma, en los siguientes términos:

*"... Los artículos 2 y 3 del presente real decreto -ley equiparan, en sus respectivos ámbitos de aplicación, la duración de los permisos por nacimiento de hijo o hija de ambos progenitores. Esta equiparación responde a la existencia de una clara voluntad y demanda social. Los poderes públicos no pueden desatender esta demanda que, por otro lado, es una 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 . De esta forma se da un paso importante en la consecución de la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres, en la promoción de la conciliación de la vida personal y familiar, y en el principio de corresponsabilidad entre ambos progenitores, elementos ambos esenciales para el cumplimiento del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres en todos los ámbitos. Esta equiparación se lleva a cabo de forma progresiva, en los términos previstos en las disposiciones transitorias del Estatuto de los Trabajadores y del Estatuto Básico del Empleado Público introducidas por este real decreto- ley..."*

Y conforme a tal propósito, el citado precepto identifica la concreta finalidad a la que atiende cada uno de los permisos: asegurar la protección de la salud de la madre, en el caso de la madre biológica; y el cumplimiento de los deberes de cuidado previstos en el artículo 68 del Código Civil, tratándose del progenitor distinto de la madre biológica.

Tal delimitación es coherente con la doctrina constitucional representada en sentencias del Tribunal Constitucional 128/1987, de 16 de julio; 75/2011, de 19 de mayo; y 111/2018 de 2018. Tras advertir ya en la primera de las resoluciones citadas que la colaboración en el cuidado de los hijos comunes ( art. 39.3 CE) incumbe a ambos progenitores, se recuerda en las dos siguientes *"... que la finalidad que persigue el legislador en la protección laboral y de seguridad social dispensada en el supuesto de parto es diferente en atención a que se trate de la madre o del padre. En el caso de la madre, la "finalidad primordial" que persigue desde siempre el legislador al establecer el descanso por maternidad y el correspondiente subsidio económico de la seguridad social es la protección de la salud de la mujer trabajadora, durante el embarazo, parto y puerperio....Distinto es el permiso por paternidad... Tienen, como es obvio, una finalidad distinta, que no es otra que 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 Sala IV del Tribunal Supremo, sin embargo, en su sentencia de 23 de septiembre de 2020, rec 70/2019, identificó una finalidad parcial común en ambos permisos, afirmando que *"... a salvo las seis semanas inmediatamente posteriores al parto, en cuya finalidad prevalece, claramente, la salud de la madre biológica, el resto del tiempo de descanso por maternidad tiene, en parte la misma finalidad que el permiso de paternidad; esto es, el cuidado y atención del hijo, debiendo añadirse en todo caso que, además, late en el permiso por paternidad una finalidad específica, cuya importancia para la resolución de este caso se revela innegable,*

*consistente en que su objeto es fomentar un reparto más equitativo de las responsabilidades familiares entre hombres y mujeres y permitir que se cree un vínculo temprano entre padres e hijos..."*. Con ese matiz, la Sala IV del Tribunal Supremo descarta igualmente la identidad finalista de ambos permisos.

A idéntica conclusión se llegaría si analizamos la actual Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo, que partiendo de una diferenciación entre permisos de paternidad y maternidad (artículo 4) y permisos parentales (artículo 5), en sus considerandos 19 y 20 justifican la nueva regulación tratando de fomentar un reparto más equitativo entre mujeres y hombres de las responsabilidades en el cuidado de familiares y de permitir que se cree un vínculo temprano entre padres e hijos, exigiendo, en relación con el permiso parental su disfrute exclusivo sin posible transmisión al otro progenitor, con el objeto de animar a los padre a hacer uso de su derecho al permiso, fomentando también de esta forma *"... la reincorporación de las mujeres al mercado laboral tras haber disfrutado de un período de maternidad y un permiso parental."*

Y en relación al permiso de maternidad, la sentencia del TJUE de 18 de noviembre de 2020, asunto C-463/19, se identifican dos finalidades, por una parte, la protección de la condición biológica de la mujer durante el embarazo y después de este, y, por otra parte, la protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, evitando que la acumulación de cargas que deriva del ejercicio simultáneo de una actividad profesional perturbe dichas relaciones ( sentencias de 12 de julio de 1984, Hofmann, 184/83, EU:C:1984:273, apartado 25, y de 4 de octubre de 2018, Dicu, C-12/17, EU:C:2018:799, apartado 34).



En definitiva, y lo que queremos precisar, es que el permiso del progenitor distinto de la madre responde a un objetivo específico, cual es que 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, aún cuando podamos compartir la existencia de parcial coincidencia común con la finalidad propia del permiso correspondiente a la madre biológica, en cuanto a la atención y cuidado del menor y la creación de un vínculo temprano entre padres e hijos.

Atendida tal específica finalidad, adquiere especial relevancia el contenido de la opción por una determinada modalidad entre la diversidad familiar. Como ya apuntamos al inicio de nuestra fundamentación, nos encontramos ante familia monoparental voluntariamente constituida, tratándose de concepción por inseminación artificial, que entendemos sí ha de tener relevancia jurídica en la proyección futura de tal decisión individual. Así, nuestro ordenamiento ha previsto una serie de garantías tendentes a reforzar la conciliación de la vida familiar y laboral de las

trabajadoras y un reparto equitativo de las cargas familiares a través de la corresponsabilidad, de tal forma que, tal y como se prevé en la normativa comunitaria citada, se fomente la reincorporación de las mujeres al mercado laboral. La opción por un determinado modelo de familia, en este caso monoparental, excluye en origen las garantías (corresponsabilidad) que el legislador ha previsto, al igual que desaparece la finalidad de creación y reforzamiento del vínculo con un progenitor inexistente, con independencia de la motivación de la decisión, libre y voluntariamente adoptada. En consecuencia, la acumulación de periodos y permisos resultaría extraña a los objetivos y finalidades analizados, lo que impediría, igualmente, el éxito de tal pretensión.

**QUINTO.** De la inexistente discriminación por razón de monoparentalidad o género.

Como refiere el Tribunal Constitucional en su sentencia 111/2018, de 17 de octubre de 2018 lo propio del juicio de igualdad es su carácter relacional. Por ello requiere como presupuesto obligado que, como consecuencia de la medida normativa cuestionada, se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas. Por otra parte, que las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables. Solo una vez verificado uno y otro presupuesto resulta procedente entrar a determinar la licitud constitucional o no de la diferencia de trato que se discute (entre otras muchas, SSTC 148/1986, de 25 de noviembre, FJ 6; 29/1987, de 6 de marzo, FJ 5; 181/2000, de 29 de junio, FJ 10; 1/2001, de 15 de enero, FJ 3; 200/2001, de 4 de octubre, FJ 5; 125/2003, de 19 de junio, FJ 4, y 75/2011, FJ 6).

Y como mantuvo el Tribunal Constitucional en la sentencia citada, la finalidad a que responden ambos permisos es distinta, por lo que no concurriría un término de comparación adecuado, y ello a pesar de aquella parcial coincidencia común, pues en cualquier caso, eliminada la dualidad (cuidado en común) se frustra esa finalidad que se predicaría de la existencia de dos "cuidadores", pues el objetivo se ha considerar desde un punto de vista cualitativo que no meramente cuantitativo o sumatorio de periodos.

Cabría alegar que la condición de familia monoparental sitúa a sus integrantes en una situación de desventaja legal en relación con los de una familia biparental. No obstante, se ha de afirmar que la ley ofrece el mismo tratamiento, obviando la diversidad, lo que nos situaría en el ámbito de la indeferenciación legal. Las condiciones de acceso y disfrute del permiso se contemplan por el legislador en los mismos términos, con independencia del tipo de familia, incluida la monoparental en sus distintas versiones, la biparental en la que ninguno de los progenitores pueda acceder al subsidio o biparental, en la que solo uno de los padres perciba la prestación, pues su reconocimiento es condicionado y no surge sin más del hecho del nacimiento. Por lo tanto, la situación que plantea la peticionaria sería extensible a muchas otras situaciones sociales que quedan igualmente al margen de la protección prestacional, al menos en su integridad (piénsese en supuestos de monoparentalidad sobrevenida o supuestos de biparentalidad carentes de cobertura prestacional para ambos progenitores o cuyas

circunstancias impiden la efectividad de la protección existente), generándose, de accederse a lo pretendido, una situación de desigualdad con el resto de situaciones que la realidad social nos ofrece, y que solo al legislador compete superar atendidas las circunstancias socioeconómicas concurrentes, en aplicación del artículo 9.2 de la Constitución Española.

En relación con la discriminación por indeferenciación el Tribunal Constitucional, en sentencia 69/2007, se pronunció en los siguientes términos:

*"Al respecto este Tribunal ya ha reiterado que resulta ajeno al núcleo de protección del art. 14 CE la "discriminación por indeferenciación", al no consagrar el principio de igualdad un derecho a la desigualdad de trato, ni ampara la falta de distinción entre supuestos desiguales, por lo que no existe ningún derecho subjetivo al trato normativo desigual (por todas, STC 117/2006, de 24 de abril, FJ 2). Cuestión distinta es que los poderes públicos, en cumplimiento del mandato del art. 9.2 CE, puedan adoptar medidas de trato diferenciado de ciertos*



*colectivos en aras de la consecución de fines constitucionalmente legítimos, promoviendo las condiciones que posibiliten que la igualdad de los miembros que se integran en dichos colectivos sean reales y efectivas o removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud... Ahora bien, en defecto de dicha regulación, no cabe pretender un trato desigual, bajo la invocación del art. 14 CE".*

Se afirma igualmente que la regulación actual sitúa en una situación de desventaja a las mujeres, pues la mayor parte de las familias monoparentales están constituidas por mujeres. Admitimos la premisa pero no la consecuencia. Nos situamos en el ámbito de la discriminación indirecta por razón de sexo, que se define en el artículo 6.2 de Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres como aquella situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados.

No apreciamos discriminación alguna por razón de sexo por idénticos motivos que los expresados anteriormente. La norma se aplica de igual forma y en idénticos términos con independencia del modelo de familia y sus integrantes. Idéntica consecuencia resultaría de aplicación en aquellos casos en los que la monoparentalidad surgiera de forma sobrevenida como si la misma fuera fruto de una decisión personal, siendo varón el único integrante de la familia. Pero es más, nuevamente debemos atender a la distintiva finalidad de uno y otro permiso, finalidad que, en relación con el "otro" progenitor, se ha de entender legítima (cuidado, corresponsabilidad, conciliación de la vida familiar), siendo necesarios y adecuados los medios arbitrados para su consecución (la ampliación del permiso parental al progenitor distinto de la madre).

**SEXTO.** El interés superior del menor. Control de convencionalidad.

El art. 10.2 CE señala que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

Respecto a estos últimos, 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.

El artículo 31 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre (RCL 2014, 1579) sobre Tratados y Acuerdo Internacionales establece que: "*Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento jurídico en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional*".

Nuestra jurisprudencia, en interpretación del reseñado art. 10.2 CE, 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 (RTC 2000, 292), y 53/2002, de 27 de febrero (RTC 2002, 53)).

En el plano internacional destaca la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre 1989, ratificada por Instrumento de 30 de noviembre 1990 (RCL 1990, 2712) (BOE 31-12-1990) y en vigor en nuestro ordenamiento desde el 5 de enero de 1991.

En su art. 2 dispone que "*Los Estados Parte respetarán los derechos enunciados en la presente Convención, sin distinción alguna, independientemente de (...) el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.*

*2. 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*".

Así mismo señala su art. 3, apartados 1 y 2, que

*"1. 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.*



2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas".

El art. 18 de dicha Convención establece en su apartado 1 lo siguiente: " Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño". En su apartado 3 dispone: " Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas".

De forma más específica, y para materias de Seguridad Social, el artículo 26 establece:

" 1. Los Estados Partes reconocerán a todos los niños el derecho a beneficiarse de la Seguridad Social, incluso del Seguro Social, y adoptarán las medidas necesarias para lograr la plena realización de este derecho de conformidad con su legislación nacional.

Las prestaciones 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<sup>5</sup> hecha por el niño o en su nombre".

También se refiere al interés superior del niño el artículo 24.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (LCEur 2007, 2329) , 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".

Y también en el art. 12 del Convenio Europeo sobre el ejercicio de los Derechos de los niños de 25 de enero de 1996 (RCL 2015, 234) (BOE 21/02/2015).

De otro lado, el art. 39.2 de la CE dispone que "los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos".

Por su parte, el art. 2.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero (RCL 1996, 145) , de Protección Jurídica del Menor, reconoce este principio como pauta en la aplicación e interpretación de las normas, pues nos dice que "t odo 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", señalando el apartado 4 del mismo artículo que " 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".

La sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 2016, rec 3146/2014, así como otras dictadas por la misma Sala (sentencias de pleno de 25-10-2016, recurso 3818/15 y 14-12-2017 , recurso 2859716), han 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.

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 la cuestión que ahora se somete a nuestra consideración, en la aplicación de las normas en materia de protección de la maternidad y paternidad. La regulación protege tanto los intereses de la madre al cuidado de su salud y los del otro progenitor (en caso de concurrir), para favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, fomentando la corresponsabilidad de madres y padres en el cuidado de los hijos comunes, y también, los del menor.

Cabría aducir que el menor periodo de atención y cuidado que recibe la infancia en las familias monoparentales en relación con los nacidos en familias biparentales resultaría discriminatorio



además de "... introducir un sesgo que quebranta el desarrollo del niño, al quedar atendido menos tiempo y con menor implicación personal de quien ha sido considerado progenitor". ( STSJ País Vasco de 6 de octubre de 2020, rec 941/2020 ).

No compartimos tal conclusión. El interés superior del menor no se identifica ni resulta condicionado por la existencia de uno o dos progenitores, sino por el pleno respeto a los derechos reconocidos en la Convención al margen de cualquier condición que pudiera concurrir en el menor, sus padres o representantes legales (artículo 2.1 de la Convención de Derechos del Niño), y esa plenitud se ha de apreciar aún en el supuesto de nacimiento en una familia biparental en las que no se reconociera a ninguno de los progenitores derecho prestacional alguno por ausencia de los requisitos legalmente establecidos para su concesión. De igual forma, el Convenio no impone ni se deduce del mismo una pretensión como la interesada, pues conforme prevé su artículo 18 el interés superior del menor se relaciona con el reconocimiento de la obligación común de los padres en la crianza y desarrollo del niño, la denominada corresponsabilidad, para cuyo cumplimiento habrán de recibir la asistencia apropiada por parte del Estado, corresponsabilidad que ha sido excluida ad initio, por voluntad de la madre y cuya situación se habrá de mantener, previsiblemente, durante toda la minoría de edad del hijo/a, sin que en el periodo posterior se predique su peyorativa condición. En todo caso, los niños habrán de tener derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niño que reúnan las condiciones requeridas. Y en relación con las prestaciones de Seguridad Social, en el caso que nos ocupa, la titularidad corresponde en exclusiva a la madre biológica, al concurrir en la misma no solo tal condición sino los requisitos que la hacen acreedora de su percepción, satisfaciendo una situación de necesidad y atendida la finalidad propia del periodo suspensivo. Finalidad que es distinta a la que concurre, como venimos reiterando, en el permiso del "otro" progenitor. Y si bien es cierto que el cuidado del menor integra parte de la finalidad pretendida con su reconocimiento, en todo caso tal derecho se circunscribe subjetivamente en distinto titular, en quien concurren distintas circunstancias, y cuyo ejercicio, en términos de corresponsabilidad, satisface el interés superior del menor, atendida la dimensión cualitativa de la crianza conjunta y no meramente cuantitativa de sumatorio de periodos. Por último, hemos de precisar que la situación de necesidad susceptible de tutela se concreta subjetivamente en ambos progenitores o en la progenitora o progenitor existente, con evidente repercusión en el nacido, si bien no se trata de un derecho prestacional o solicitud que efectúe el menor o en su nombre, ex artículo 26.2 de la Convención.

En definitiva, el interés superior del menor no autoriza la adopción de medidas de acción positiva como la interesada (duplicidad de periodos).

A modo de conclusión, descartamos la existencia de cualquier discriminación en atención al género o cualquier otra condición o circunstancia familiar o social, al igual que entendemos que la actual regulación es absolutamente neutra en relación con la salvaguarda del interés del menor.

Y si bien afirmamos la existencia de una situación de necesidad amplificada en las familias monoparentales merecedora de una especial regulación que removiera los obstáculos que dificultan o impiden la libertad de elección partiendo del reconocimiento de la diversidad familiar, no nos corresponde como Tribunal configurar derechos de alcance prestacional al margen de los principios básicos del sistema y de su preceptiva configuración legal, suplantando de esta forma las funciones asignadas a otro Poder del Estado.

El recurso, según decisión adoptada por la mayoría de los integrantes de esta Sala, ha de ser estimado, revocando en su integridad la sentencia impugnada, desestimando íntegramente la pretensión de acumulación de permisos interesada por la recurrida en su demanda.

**SÉPTIMO.**- Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 235 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, procede hacer los pronunciamientos pertinentes respecto a las costas del presente recurso.

**OCTAVO.**- A tenor del art. 218 LRJS frente a esta resolución podrá interponerse recurso de casación para unificación de doctrina.

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

## FALLAMOS

**ESTIMAMOS** el recurso de suplicación interpuesto por D./Dña. INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra la Sentencia 000507/2021 de 8 de octubre de 2021 dictada por el Juzgado de lo Social Nº 4 de Las Palmas de Gran Canaria sobre Prestaciones, la cual revocamos en su integridad, y en su lugar, desestimamos la demanda interpuesta por Dña. Esmeralda contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social en materia de prestaciones (paternidad- acumulación de periodos), absolviendo a la Entidad Gestora de todas las pretensiones deducidas en su contra. Sin costas.



Devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social N° 4 de Las Palmas de Gran Canaria, con testimonio de la presente una vez notificada y firme a las partes.

### ADVERTENCIAS LEGALES

Contra esta sentencia cabe **Recurso de Casación para Unificación de doctrina**, que se preparará por las partes o el Ministerio Fiscal por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los **DIEZ DÍAS** siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 220 y 221 de la Ley 36/2011 de 11 de Octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social.

Para su admisión será indispensable que todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, y no goce del beneficio de justicia gratuita efectúe, dentro del plazo de preparación del recurso, el **depósito de 600 €** previsto en el artículo 229, con las excepciones previstas en el párrafo 4º, así como así como el **importe de la condena**, dentro del mismo plazo, según lo previsto en el artículo 230, presentando los correspondientes resguardos acreditativos de haberse ingresado en el BANCO DE SANTANDER c/c Las Palmas nº 3537/0000/66/1910/21 el nº de expediente compuesto por cuatro dígitos, y los dos últimos dígitos del año al que corresponde el expediente pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista, y que habrá de aportarse en el mismo plazo. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social.

Para el supuesto de ingreso por transferencia bancaria, deberá realizarse la misma al siguiente número de cuenta: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274

Consignándose en el campo Beneficiario la Cuenta de la Sala y en Observaciones o Concepto de la Transferencia los 16 dígitos que corresponden al procedimiento.

Notifíquese la Sentencia a la Fiscalía de este Tribunal y líbrese testimonio para su unión al rollo de su razón, incorporándose original al Libro de Sentencias.

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

### VOTO PARTICULAR

que emiten las Magistradas D<sup>a</sup> MARIA ROSARIO ARELLANO MARTINEZ y D<sup>a</sup> GLÒRIA POYATOS MATAS.

Haciendo uso de la facultad conferida por el artículo 260.2 de la LOPJ, formulamos voto particular a la sentencia dictada en los presentes autos, por discrepar, con la mayor consideración y profundo respeto, de la opinión de la mayoría de la Sala, considerando que debió confirmarse la sentencia de instancia que estimó parcialmente la pretensión de la actora ampliando la prestación de nacimiento y cuidado de un menor nacido en el seno de una familia monoparental durante 10 semanas adicionales a las inicialmente reconocidas.

Nuestro criterio disidente, reiteramos, desde el máximo respeto al criterio jurídico mayoritario,

descansa en la ausencia en el enjuiciamiento del caso de las necesarias perspectivas de infancia y género. La regulación legal omite la particular situación de las familias monoparentales a las que se ofrece una duración menor de los derechos que concede cuando la persona menor nace en el seno de una familia monoparental y concurre una sola persona progenitora. Esta omisión legislativa generadora de una manifiesta desigualdad obliga a la interpretación de los preceptos bajo el obligado prisma del interés superior del menor, así como de las normas que preservan la necesaria igualdad de trato. Siendo incuestionable también el desproporcionado impacto de género que supone el ejercicio del derecho examinado, consideramos se omite cumplir el mandato internacional de diligencia debida que obliga a quienes juzgamos, a la remoción de los obstáculos (procesales y materiales) impeditivos de la consecución de la igualdad sustancial, en armonía con el mandato contenido en el art. 9.2 en relación con el art. 1.1 y 14 de la CE, debiendo incluso apartar la norma interna con rango de ley y dar prevalencia aplicativa al Tratado internacional en cumplimiento del "control de convencionalidad" ( SSTC 140/2018 y 156/2021).

En palabras del Tribunal Constitucional:

*" Los valores no conciernen solo al legislador sino a todos lo poderes del Estado que deben tender a la igualdad sustancial (...) El art. 9.2 expresa la voluntad del constituyente de alcanzar no solo la igualdad formal sino también la Igualdad sustantiva (...) " ( STC 12/2008 de 29 de enero )*

*" La virtualidad del art. 14 CE no se agota, sin embargo, en la proclamación del derecho a la igualdad sino que a continuación el precepto se refiere a la prohibición de discriminación, entre otros motivos "por razón de*



sexo". Tal tipo de discriminación comprende no solo el tratamiento peyorativo que se funda en la pura y simple constatación del sexo de la persona afectada, sino en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca, como sucede con el embarazo y la maternidad (...) esta protección constitucional vinculada a factores diferenciales que inciden en las mujeres no se detiene en el embarazo y subsiguiente maternidad, sino que se extiende también al ejercicio por la trabajadora de los "derechos asociados a la maternidad" (...) se trata de derechos que inciden de modo singular en las mujeres, a ser las que principalmente asumen el cuidado de los hijos de corta edad y sufren, por ello, mayores dificultades para su inserción laboral y su mantenimiento en el mercado de trabajo" (STC 79/2020 de 2 de julio).

El principio de diligencia debida ( arts. 9.2, 10.2 y 96.1 CE) vincula a todos los poderes del Estado y cuando se trata de derechos fundamentales ( art. 14 CE y 21.1, 24.2 de la CDFUE), protegidos, además, por Tratados internacionales y Regionales de Derechos Humanos (CEDAW, CEDH, Convención Derechos del Niño), debe prevalecer el principio "pro persona" frente a interpretaciones procesales rigoristas que limiten el acceso a la justicia, especialmente, de las mujeres trabajadoras, como sucede en este caso. Tal principio exige de quienes juzgamos "cumplir" (realmente) con los mandatos internacionales (Recomendación General nº 16 sobre igualdad del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

En esa línea se ha pronunciado el TC en sus SSTC 140/2018 y 113/2021 que nos recuerda:

" La interdicción de aquellas decisiones impositivas de un pronunciamiento sobre el fondo que, por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas preservan y los intereses que sacrifican, vulnerando las exigencias del principio de proporcionalidad (así, STC 63/2021, de 15 de marzo, FJ 3). Aparece reforzada en el caso en que la pretensión objeto de respuesta esté vinculada a derechos fundamentales sustantivos o intereses de relevancia constitucional (...) No cabe una motivación estereotipada ni la mera constatación apodíctica de que "no se cumplen las circunstancias" que la ley exige ni la justificación en el carácter discrecional de la potestad que se ejerce, pues las potestades discrecionales deben también ejercerse motivadamente".

Por todo ello consideramos que debió haber sido mantenida la redacción que originariamente se propuso para la resolución de la cuestión controvertida y en la que se expresaba:

"1- Comenzando, en primer lugar, expresando las normas internas aplicables a la cuestión que se somete a nuestra consideración, hemos de exponer que 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 (RCL 2015, 1695, 1838).

Por su parte, el artículo 48.4 del ET (RCL 2015, 1654) (modificado por el RD 6/2019), nos dice:

" 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 (LEG 1889, 27). (...)

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".

Así el precepto parte en su regulación de una situación en la que ambos progenitores contribuyen al cuidado del menor de forma simultánea durante las primeras seis semanas, también destinado a la recuperación de la madre, reconociendo otras 10 semanas a cada progenitor a disfrutar antes de que el hijo o hija cumpla doce meses, ya sea de forma acumulada o interrumpida. De esta regulación legal se desprende que, sumado todo el tiempo que corresponde a ambos progenitores y partiendo del período inicial de seis semanas

ininterrumpidas de disfrute simultáneo y obligatorio inmediatamente después del parto, el especial cuidado de la persona recién nacida puede extenderse a 26 semanas, ya sean continuas o intermitentes. Sin embargo, contrariamente, cuando la persona menor nace en el seno de una familia monoparental y concurre una sola persona progenitora, la protección que dispensa el precepto para el cuidado del recién nacido solo alcanza las 16 semanas que corresponden a la persona progenitora única, dejando de prestarse las 10 semanas adicionales del otro progenitor. De este modo, la normativa vigente parte de la concepción biparental de la familia, integrada por la madre biológica y el otro progenitor y omite en la regulación legal la particular situación de las familias monoparentales a las que se ofrece una duración menor de los derechos que concede.

Hemos de plantearnos, pues, si este diferente trato resulta conforme a los principios constitucionales y a la normativa internacional.

2- La necesaria integración del ordenamiento jurídico en esta materia hace necesario acudir, además de a las normas legales internas, a las disposiciones de alcance constitucional y supranacional.

De este modo, el art. 10.2 CE señala que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

Respecto a estos últimos, 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.

El artículo 31 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre (RCL 2014, 1579) sobre Tratados y Acuerdo Internacionales establece que: " *Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento jurídico en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional*".

Nuestra jurisprudencia, en interpretación del reseñado art. 10.2 CE, 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 (RTC 2000, 292) , y 53/2002, de 27 de febrero (RTC 2002, 53) ).

3- En el plano internacional destaca la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre 1989, ratificada por Instrumento de 30 de noviembre 1990 (RCL 1990, 2712) (BOE 31-12-1990) y en vigor en nuestro ordenamiento desde el 5 de enero de 1991.

En su art. 2 dispone que " *Los Estados Parte respetarán los derechos enunciados en la presente Convención, sin distinción alguna, independientemente de (...) el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.*

2. *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*".

Así mismo señala su art. 3, apartados 1 y 2, que " 1. *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.* 2. *Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas* ".

El art. 18 de dicha Convención establece en su apartado 1 lo siguiente: " *Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño*". En su apartado 3 dispone: " *Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas*".

De forma más específica, y para materias de Seguridad Social, el artículo 26.2 establece: " *Las prestaciones 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".*

También se refiere al interés superior del niño el artículo 24.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (LCEur 2007, 2329) , 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*".

Y también en el art. 12 del Convenio Europeo sobre el ejercicio de los Derechos de los niños de 25 de enero de 1996 (RCL 2015, 234) (BOE 21/02/2015).

4- De otro lado, el art. 39.2 de la CE dispone que " *los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos*".

Por su parte, el art. 2.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero (RCL 1996, 145) , de Protección Jurídica del Menor, reconoce este principio como pauta en la aplicación e interpretación de las normas, pues nos dice que " *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*", señalando el apartado 4 del mismo artículo que " *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*".

Como señala la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Alto Tribunal de 16.11.2016, rcud. 3146/2014 (RJ 2016, 6152) , " *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 (TJCE 2014, 113) "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" .*

Esta sentencia, así como otras dictadas por la misma Sala (sentencias de pleno de 25-10- 2016, recurso 3818/15 y 14-12-2017 , recurso 2859716), han 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.

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 la cuestión que ahora se somete a nuestra consideración, en la aplicación de las normas en materia de protección de la maternidad y paternidad. La regulación protege tanto los intereses de la madre al cuidado de su salud y los del otro progenitor ( en caso de concurrir), para favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, fomentando la corresponsabilidad de madres y padres en el cuidado de los hijos comunes, y también, los del menor

5- El art. 14 la Constitución recoge la prohibición de discriminación, principio inspirador de la aplicación e interpretación del ordenamiento jurídico ( STC 93/2013, de 23 de abril (RTC 2013, 93) ), vinculado a factores de diferenciación considerados especialmente reprobables, entre los que se encuentran el nacimiento y cualquier otra condición personal o social del individuo.

Señala al respecto la STC 173/1994 (RTC 1994, 173) 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) " .*



Entre otras, la STC 119/2002, de 20 de mayo (RTC 2002, 119) , y la STS de 9.7.2012 (RJ 2012, 10269) , rec. 147/2011, el art. 14 CE (RCL 1978, 2836) 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 (RCL 2009, 2299y RCL 2010, 362) , y de los artículos 21 y 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (LCEur 2007, 2329) , "no postula ni como fin ni como medio la paridad pero sí exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato " .

La Sentencia núm. 1507/2022 de 30 marzo de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, recaída en el Recurso de Suplicación núm. 837/2022 nos dice:

*" la situación normativa que nos ocupa supone una situación de discriminación por razones familiares al haber sido admitida expresamente esta situación en su momento por el Tribunal Constitucional en su sentencia 26/2011, de 14 de marzo (RTC 2011, 26) , al señalar que "la queja del recurrente en amparo pueda ser analizada desde la perspectiva del mismo derecho fundamental a la no discriminación, pero en relación con otro de los motivos concretos de prohibición de discriminación que el art. 14 CE enumera, concretamente el referido a las circunstancias personales o sociales, pues lo que se plantea en el presente caso es un problema de posible discriminación por razón de las circunstancias familiares, en la medida en que la negativa a acceder a la asignación de horario nocturno solicitada por el trabajador demandante pudiera suponer un menoscabo para la efectiva conciliación de su vida familiar y laboral". Y de ahí (habida cuenta la íntima relación entre la proscripción de discriminación y la conciliación de la vida familiar) la necesidad de rechazar y, en su caso, adaptar mediante la hermenéutica jurídica, la realidad legislativa a la realidad social del momento en que vivimos, debiendo tenerse presente a este respecto que la Directiva 2019/1158/UE (LCEur 2019, 1222)*

*, de 20 de junio, sobre Conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE (LCEur 2010, 334) del Consejo, donde se considera lo siguiente: 1) "Las políticas de conciliación de la vida familiar y la vida profesional deben contribuir a lograr la igualdad de género promoviendo la participación de las mujeres en el mercado laboral" (cdo. 6), siendo evidente que tratándose de familias monoparentales de género femenino esa promoción podría verse afectada ante la falta de equiparación; 2) "la conciliación de la vida familiar y la vida profesional sigue constituyendo un reto considerable para muchos progenitores y trabajadores que tienen responsabilidades en el cuidado de familiares, en especial debido a la creciente prevalencia del horario laboral ampliado y de los cambios en los calendarios de trabajo, lo que repercute negativamente en el empleo femenino..., un factor importante que contribuye a la infrarrepresentación de las mujeres en el mercado de trabajo es la dificultad para conciliar las obligaciones laborales y familiares ..., las mujeres, cuando tienen hijos, se ven obligadas a trabajar menos horas en empleos retribuidos y a pasar más tiempo ocupándose de responsabilidades en el cuidado de familiares por las que no reciben remuneración" (cdo. 10); 3) "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" (cdo. 11);*

*4) "ha quedado demostrado que las fórmulas para conciliar la vida familiar y la vida profesional,*

*como los permisos o las fórmulas de trabajo flexible, tienen un impacto positivo en la reducción de la carga relativa de trabajo familiar no remunerado que recae sobre las mujeres y en dejar a las mujeres más tiempo para el empleo remunerado" (cdo. 11); y 5) "el requisito de evaluar si las condiciones de acceso al permiso parental y las modalidades detalladas del mismo deben adaptarse a las necesidades específicas de los progenitores en situaciones particularmente adversas, se anima a los Estados miembros a que valoren si las condiciones y las modalidades detalladas de ejercicio del derecho al permiso parental, el permiso para cuidadores y las fórmulas de trabajo flexible deben adaptarse a necesidades específicas, por ejemplo, familias monoparentales, padres adoptivos, progenitores con discapacidad, progenitores que tienen hijos con discapacidad o enfermedades graves o crónicas, o progenitores en circunstancias particulares, tales como las relacionadas con nacimientos múltiples o prematuros".*

*En suma, tras todo lo expresado no podemos más que concluir, al igual que hace la STSJ País Vasco de 6 de octubre de 2020 (AS 2021, 312) (Rec. núm. 941/2020) , que "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 ... "*

6- Finalmente, otro aspecto de especial relevancia a destacar en la cuestión que analizamos es el marcado componente de género presente habida cuenta que la inmensa mayoría de las familias monoparentales están integradas por mujeres, como sucede en el caso de autos.

Así según datos extraídos del Instituto Nacional de Estadística, en el año 2020, de 1.944.800 familias monoparentales, 1.582.100 estaban encabezadas por mujeres y 362.700 por hombres.

Por ello se debe aplicar la necesaria perspectiva de género, principio que ha de presidir la interpretación y aplicación de las normas ( artículos 4 y 15 de la Ley Orgánica 2/2007, de 22 de marzo (RCL 2007, 648) , para la igualdad efectiva de mujeres y hombres), como ha puesto de manifiesto la STS/4ª de 11 enero 2022 (rec. 2099/2019) (RJ 2022, 38) , con cita de otras anteriores, y específicamente en el ámbito de la Seguridad Social, la STS/4ª de 2 julio 2020 (rec. 201/2018).

A estos efectos, debe tenerse presente la Directiva 2019/1158/UE (LCEur 2019, 1222) , de 20 de junio, sobre Conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE (LCEur 2010, 334) del Consejo, que nos indica: 1) " *Las políticas de conciliación de la vida familiar y la vida profesional deben contribuir a lograr la igualdad de género promoviendo la participación de las mujeres en el mercado laboral*" (cdo. 6), siendo evidente que tratándose de familias monoparentales de género femenino esa promoción podría verse afectada ante la falta de equiparación; 2) " *la conciliación de la vida familiar y la vida profesional sigue constituyendo un reto considerable para muchos progenitores y trabajadores que tienen responsabilidades en el cuidado de familiares, en especial debido a la creciente prevalencia del horario laboral ampliado y de los cambios en los calendarios de trabajo, lo que repercute negativamente en el empleo femenino..., un factor importante que contribuye a la infrarrepresentación de las mujeres en el mercado de trabajo es la dificultad para conciliar las obligaciones laborales y familiares ..., las mujeres, cuando tienen hijos, se ven obligadas a trabajar menos horas en empleos retribuidos y a pasar más tiempo ocupándose de responsabilidades en el cuidado de familiares por las que no reciben remuneración*" (cdo. 10); 3) " *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*" (cdo. 11); 4) " *ha quedado demostrado que las fórmulas para conciliar la vida familiar y la vida profesional, como los permisos o las fórmulas de trabajo flexible, tienen un impacto positivo en la reducción de la carga relativa de trabajo familiar no remunerado que recae sobre las mujeres y en dejar a las mujeres más tiempo para el empleo remunerado*" (cdo. 11); y 5) " *el requisito de evaluar si las condiciones de acceso al permiso parental y las modalidades detalladas del mismo deben adaptarse a las necesidades específicas de los progenitores en situaciones particularmente adversas, se anima a los Estados miembros a que valoren si las condiciones y las modalidades detalladas de ejercicio del derecho al permiso parental, el permiso para cuidadores y las fórmulas de trabajo flexible deben adaptarse a necesidades específicas, por ejemplo, familias monoparentales, padres adoptivos, progenitores con discapacidad, progenitores que tienen hijos con discapacidad o enfermedades graves o crónicas, o progenitores en circunstancias particulares, tales como las relacionadas con nacimientos múltiples o prematuros*".

En este sentido la STSJ Madrid de 21 de julio de 2021 (JUR 2021, 335832) (Rec. núm. 529/2021) , nos dice " *desde una perspectiva de género, es imposible desconocer que este es un factor clave para alcanzar la igualdad social efectiva entre hombres y mujeres y en la posibilidad de acceso de éstas al mercado de trabajo, al haber asumido históricamente en solitario el cuidado de los hijos, lo que se manifiesta con especial crudeza en las familias*

*monoparentales. Por tanto las políticas de conciliación son un elemento clave y nuclear de las políticas de igualdad y no discriminación por razón de género*".

7- Proyectando todo lo anterior a la resolución de la cuestión que se nos plantea no podemos sino concluir, tal como anticipábamos, la diferente protección que el artículo 48.4 del ET otorga a los menores según los mismos hayan nacido en uniones biparentales o monoparentales en claro perjuicio de éstos últimos pues cumplidos en ambos casos por los progenitores o por el único progenitor existente los requisitos de afiliación y cotización precisos la protección varía de forma ostensible en la duración de los derechos reconocidos. Este diferente trato carece de una justificación objetiva y razonable, pues partiendo de la totalidad de los principios antes postulados, y, en especial, de la interpretación del precepto que venimos examinando bajo el obligado prisma del interés superior del menor, la quiebra del principio de igualdad es evidente pues los menores nacidos en las familias monoparentales reciben un cuidado subsidiado menor que si hubieran nacido en una familia biparental cuando sus cuidados son los mismos sin otra justificación que criterios de nacimiento y familiares en función del número de progenitores que integren la unidad familiar.

La necesaria igualdad de trato que ha de dispensarse a los menores ha de comportar la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia recurrida.

Finalmente y para terminar, hemos de manifestar que la Juzgadora de Instancia consideró que la actora tenía derecho a disfrutar de 10 semanas adicionales de permiso de nacimiento y cuidado del menor respecto de las inicialmente reconocidas. En el recurso no se ha suscitado el derecho a las otras seis semanas adicionales hasta alcanzar las 32 semanas que pedía la actora en su demanda, pues la sentencia únicamente ha sido recurrida por la entidad gestora. Ello conlleva que, dados los términos planteados en suplicación, la sentencia de instancia haya de ser confirmada en los términos expuestos, sin que podamos resolver acerca del derecho a las seis semanas adicionales."

No podemos sino terminar reseñando dos sentencias dictadas por dos Salas de lo Social de Tribunales Superiores de Justicia.

Nos referimos, en primer lugar, a la sentencia 6389/2022 de 29 de noviembre, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, recaída en el recurso de suplicación 1552/2022, pasando a transcribir los siguientes pasajes de la sentencia: " *la aplicación uniforme del artículo 48 del ET (RCL 2015, 1654) sin tomar en consideración las peculiaridades y necesidades específicas de las familias monoparentales supone introducir una diferencia de trato respecto de un colectivo que tiene mayores dificultades para conciliar vida laboral y familiar, sin que sea de apreciar justificación objetiva de ningún tipo; el artículo 48.4 del ET permite a las familias monoparentales disfrutar de un período de suspensión contractual muy superior al que correspondería en caso de familia monoparental, dado que en el primer caso corresponden 16 semanas a cada uno de los progenitores, habida cuenta que, al margen de la previsión de disfrute simultáneo de las 6 primeras, el resto de períodos pueden disfrutarlo de*

*forma sucesiva o en el modo que estimen más oportuno hasta que el menor cumpla doce meses, mientras que en el caso de familia monoparental, con un solo progenitor/a, el período de disfrute se limitaría a 16 semanas, a pesar de que las necesidades de atención y cuidado del menor son las mismas, tanto en calidad, como en intensidad, y las dificultades de conciliación de la familia monoparental muy superiores a las del modelo biparental clásico.*

*La tesis defendida por el INSS supondría llevar a cabo una interpretación contraria a los deberes derivados del artículo 39 de la CE (RCL 1978, 2836) y vulneradora del principio de igualdad del artículo 14 del texto constitucional, en los términos anteriormente expuestos, de ahí que deba descartarse la misma.*

*A mayor abundamiento, tal como apuntamos en la Sentencia n.º 5362/2022 (JUR 2022, 342610), incluso podría valorarse la concurrencia de una discriminación indirecta por razón de sexo: el concepto de discriminación indirecta aparece definido por el artículo 2.1.b) de la Directiva 2006/54/CE (LCEur 1996, 1696) como "la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios". En dicho concepto de discriminación indirecta se incluye, conforme al apartado 2.c) del artículo 2, "el trato menos favorable a una mujer en relación con el embarazo o el permiso por maternidad en el sentido de la Directiva 92/85/CEE (LCEur 1992, 3598)".*

*El concepto de discriminación indirecta aparece también en el artículo 6.2 de la LOIEHM (RCL 2007, 586) (LO 3/2007) en términos similares, si bien interesa ahora destacar que tras proclamar el artículo 3 de la misma el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres, concebido como ausencia de cualquier discriminación directa o indirecta, por razón de sexo y, especialmente, las derivadas de maternidad, asunción de obligaciones familiares y estado civil, el artículo 4 de esta Ley establece de forma clara, expresa e imperativa que "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", por lo que ninguna duda albergamos sobre la necesidad de llevar a cabo la interpretación del artículo 48, apartados 4, 5 y 6, conforme a dicho principio.*

*A tenor de los datos estadísticos que hemos referido en el fundamento jurídico tercero, alrededor del 81% de las familias monoparentales son encabezadas por una mujer, por lo que resulta evidente que el impacto negativo de una interpretación lineal como la propuesta por el INSS sería muy superior respecto de las mujeres, por lo que estaríamos propiciando una discriminación interseccional, en la medida en que el trato desfavorable repercute mayoritariamente en la mujer por diversas razones, su condición de mujer y la pertenencia a una familia monoparental, entre otras".*

*" no es posible compartir la interpretación propuesta por el INSS, por cuanto resultaría contraria al principio de igualdad ( artículo 14 CE (RCL 1978, 2836) ) y supondría un incumplimiento de los deberes de protección a la*

familia derivado del artículo 39 de la CE , al hacer de peor condición a las familias monoparentales, argumentos a los que debemos añadir el de

desprotección y discriminación respecto de los menores pertenecientes a modelos familiares monoparentales, con infracción del apartado 2º del artículo 39 de la CE ."

" una interpretación lineal o uniforme como la que propugna el INSS, poniendo el foco exclusivamente en la consideración de que estamos ante dos derechos independientes, correspondiendo cada uno de ellos a cada progenitor, sin posibilidad de acumulación ni ampliación en caso alguno, comportaría un claro perjuicio en los derechos y finalidades que se pretenden tutelar, colocando a los hijos de familias monoparentales en una situación de inferior protección que los de familias biparentales, a consecuencia de no haber tomado en consideración nuestra normativa los diversos modelos de organización familiar existentes en la actualidad, incurriendo en una diferencia de trato contraria a las previsiones del artículo 39.2 de la CE . (RCL 1978, 2836)

Tanto el artículo 48, apartados 4 º, 5 º y 6º del ET (RCL 2015, 1654) , como los referentes a la protección que se dispensa en las normas de Seguridad Social a las situaciones contempladas en dichos apartados forman parte del desarrollo del mandato constitucional ( artículo 39 CE ) que establece la protección de la familia y de la infancia, finalidad que ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa, teniendo siempre presente la finalidad de protección integral de los hijos, iguales ante la ley, con independencia del modelo familiar al que pertenezcan."

" La interpretación propuesta por el INSS prescinde total y absolutamente de ese aspecto, la tutela de los derechos del menor establecida en tratados y acuerdos internacionales ratificados por España que, conforme al artículo 96 de la CE (RCL 1978, 2836) , forman parte de nuestro ordenamiento jurídico y son directamente aplicables ( artículo 1.5 CC ), debiendo interpretarse las normas conforme a ellos, según el artículo 10.2 del mismo texto, lo que permite, tal como ya indicase la STC 38/1981 (RTC 1981, 38) , 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 (RCL 2014, 1579) , 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 (RCL 1978, 2836) "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 (RTC 2000 , 292 ) y 53/2002, de 27 de febrero (RTC 2002, 53) ).

Tal eficacia corresponde, por tanto, a la Convención de los Derechos del Niño, así como al artículo 24.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la U .E. (LCEur 2007, 2329) , y a la vista de la normativa y jurisprudencia citada, la interpretación literal y restrictiva determinaría que los menores nacidos en familias monoparentales no podrían beneficiarse del mismo tiempo de atención, cuidados directos e implicación personal que los nacidos en familias biparentales, generándose una diferencia de trato injustificada, con infracción de las previsiones de los artículos 2 y 3 de la Convención de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (RCL 1990, 2712) ,

anteriormente citada y de a LO de protección jurídica del menor; no cabe dispensar un trato distinto de cuidado y crianza a los menores en función de la composición de la familia de que formen parte, un trato discriminatorio evidente por razón de una circunstancia o condición no tanto del menor pero sí de su progenitora; en consecuencia, partiendo de que lo único trascendente es el derecho del menor a disfrutar de los cuidados y atención por un tiempo determinado, la limitación de la suspensión y prestación a únicamente 16 semanas en el caso de las familias monoparentales carece de toda justificación objetiva".

También debemos citar la sentencia 1501/2021 de 5 de octubre de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, recaída en el recurso de suplicación 1323/2021, de la que podemos citar los siguientes pasajes:

" 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."*

*" 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 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."*

En este sentido entendemos que debió pronunciarse la Sentencia mayoritaria, a la que formulamos respetuosamente este voto particular.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ