

RECURSO N.º: Recurso de suplicación
941/2020

SENTENCIA N.º: 1217/2020

NIG PV 48.04.4-19/011091

NIG CGPJ 48020.44.4-2019/0011091

**SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO**

En la Villa de Bilbao, a 6 de octubre de 2020.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los/as Ilmos./Ilmas. Sres./Sras. D. JUAN CARLOS ITURRI GARATE, Presidente en funciones, D. FLORENTINO EGUARAS MENDIRI y D^a MAITE ALEJANDRO ARANZAMENDI, Magistrados/as, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación interpuesto por XX contra la sentencia del Juzgado de lo Social n.º 5 de los de Bilbao de fecha 18 de mayo de 2020, dictada en proceso sobre OSS (PRESTACIÓN), y entablado por XX frente a INSS y TGSS.

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. FLORENTINO EGUARAS MENDIRI, quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

"PRIMERO.- La actora, D^a XX, con DNI nº y afiliada a la Seguridad Social, tuvo una hija el 14/05/2019, reconociéndosele por Resolución de 8/07/2019 el derecho a la prestación de nacimiento y cuidado de menor hasta el 5/10/2019, siendo ella la única progenitora y constituyendo así una familia monoparental.

SEGUNDO.- La Sra. XX presentó nueva solicitud de prestación de nacimiento y cuidado de menor el 04/09/2019 del otro progenitor de 8 semanas a disfrutar entre el 6/10/2019 y el 30/11/2019.

TERCERO.- Por Resolución del INSS de 10/10/2019 se denegó a la actora la

prestación instada por no encontrarse en ninguna de las situaciones protegidas, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 183 y 318 LGSS. Interpuesta reclamación previa, fue desestimada por Resolución de 13/11/2019 en aplicación del Real Decreto Ley 6/2019, de 1 de marzo.

CUARTO.- La base reguladora de la prestación interesada asciende a 122,61 euros/ día.

QUINTO.- La Sra.XX ha disfrutado de una licencia retribuida del 6/10/2019 a 30/11/2019 (documento 5 de la demandante)."

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice:

"DESESTIMANDO la demanda presentada por D^a XX frente a INSS y TGSS, debo absolver y absuelvo a los demandados de las pretensiones vertidas en su contra, confirmando lo resuelto en vía administrativa."

TERCERO.- Frente a dicha resolución se interpuso el Recurso de Suplicación, que fue impugnado de contrario .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Social nº 5 de Bilbao dictó sentencia el 18-5-2020 en la que desestimó la demanda interpuesta por la beneficiaria, relativa a la prestación de nacimiento y cuidado de menor, en continuidad con la que le había sido reconocida por la entidad gestora hasta el 5-10-2019. Instaba la reclamante que se incorporasen a su prestación las ocho semanas que comprendían del 6 de octubre al 30 de noviembre de 2019, y que hubiesen podido corresponder al otro progenitor para el caso de tratarse de una familia biparental, y en base a que siendo una familia monoparental la constituida por la demandante se aplicase la prestación exclusivamente a ella.

La sentencia de instancia desestima la demanda entendiendo que la prestación de nacimiento y cuidado de menor es un derecho intransferible de cada progenitor, con lo que si solamente existe uno de ellos no concurre ninguna prestación más, y por tanto según la propia finalidad de la norma creadora del nuevo sistema, Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantizar la igualdad de trata y de oportunidad entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, nos encontramos ante un supuesto de ejercicio único del derecho, sin que se aprecie ningún elemento de discriminación en el supuesto, porque el integrante de la familia monoparental, sea hombre o mujer, disfruta del beneficio, sin posibilidad de transferirlo.

SEGUNDO.- Frente a la anterior sentencia interpone recurso de suplicación la parte

actora y a través de un único motivo, por la vía del apdo. c) del art. 193 LRJS, cita pluralidad de normativas de presunta infracción, y al efecto alude a los arts. 177 LGSS, 1, 3, 8, 10, 14 y 44 LO 3/2007; art. 2, 12 y 18 del RDL 6/2019, así como su art. 3; en términos generales el art. 3 del RD 295/2009; en término también globales la Ley 3/2005 de Protección de la Infancia y Adolescencia; los arts. 2, 3 y 26 de la Convención de Derechos del Niño; la resolución del Parlamento Europeo de 13 de septiembre de 2016; la Directiva 96/34; la Directiva 2010/18, cláusula 1; el art. 3 del Tratado de la UE; los arts. 20, 21, 23, 24, 33 y 34 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE; los arts. 10, 14 y 39 CE; el art. 4, 2 c) del ET; y el art. 3 del Código Civil.

El argumento fundamental del recurrente es que cuando el Real Decreto Ley 6/2019 establece una prestación de ocho semanas por nacimiento y cuidado de hijo para el otro progenitor está incurriendo en una absoluta discriminación para el menor, y para ello se está basando en el trato desigual que se oferta a las familias biparentales frente a las monoparentales, pues mientras aquellas disfrutan de un permiso de 24 semanas, repartidas entre 16 semanas para la madre y 8 para el progenitor; en éstas el beneficio es exclusivamente de 16 semanas, restándose derechos fundamentales que afectan tanto al derecho de la igualdad de género, como a los hijos que quedan desprotegidos.

A través del expositivo argumental del motivo se vienen a enlazar las diversas normativas invocadas concluyendo con la posible conculcación de un derecho básico por discriminación por materia de estado civil –ex art. 14 CE- e intentando reflejar la protección tanto de la infancia como de la mujer, e igualmente la situación real que actualmente acontece en los elementos grupacionales monoparentales, a lo que enlaza la actual protección legislativa de gobiernos autónomos, en orden a la sensibilidad respecto al colectivo monoparental.

Al recurso se ha opuesto la entidad gestora y después de analizar lo acontecido en la situación de la demandante señala que nos encontramos ante una prestación contributiva que relaciona los arts. 177 a 180 con el art. 48, apdos. 4, 5 y 6 del ET, otorgando una ampliación a la prestación, en definitiva a la protección, del otro progenitor pero regulando un derecho individual del trabajador que no se transfiere al otro titular. Se rechaza que exista cualquier manifestación de discriminación en orden a la mujer.

TERCERO.- El art. 10,2 CE señala que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán con la conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre las mismas materias ratificados por España; respecto a los Tratados, el art. 96 CE señala que los Tratados Internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del Ordenamiento Jurídico y que la denuncia de los Tratados y Convenios Internacionales se instrumentalizará por la vía del art. 94 del mismo Texto. La Ley 25/2014, de 27 de noviembre sobre Tratados y Acuerdo Internacionales refiere respecto a ellos su

prevalencia sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango internacional (art. 31).

Nuestra jurisprudencia es clara en señalar que el art. 10, 2 CE no es un simple enunciado, y que debe darse una aplicación directa a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a los Tratados y Acuerdo Internacionales (TC 15-10-1982, sentencia 62/82); y se reitera en el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria, y así, por ejemplo lo hace la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS (por todas STS de 24-4-2001, recurso 7756/94, que nos recuerda que es jurisprudencia reiterada la aplicación de los Tratados Internacionales y de los Convenio).

En esta línea discursiva nos encontramos con la Convención sobre los Derechos del Niño, BOE 31-12-1990 y que señala: los Estados parte respetarán los derechos enunciados en la presente Convención, sin distinción alguna por la condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales, debiéndose adoptar todas las medidas para que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, tutores o familiares; en segundo término se señala que todas las medidas que se adopten por las Instituciones Públicas o los Tribunales considerarán primordialmente el interés superior del niño; precisando el art. 18 el máximo empeño en garantizar las obligaciones comunes de los padres respecto a la crianza y el desarrollo del niño, adoptándose todas las medidas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que se reúnan las condiciones requeridas; y, por último, el art. 26 nos recuerda que las prestaciones de Seguridad Social deberán reconocerse teniendo en cuenta la situación del niño y de las personas responsables de su mantenimiento. Sobre ello es aplicable la doctrina del TS, Sala Primera, respecto a la aplicación de la Convención y al art. 3 de la misma, sentencia de 16-6-2020, recurso 2629/19.

Por último la Sala Cuarta del TS (sentencias de pleno de 25-10-2016, recurso 3818/15, 16-11-2016, recurso 3146/14 y 14-12-2017, recurso 2859716), ha destacado que las normas en materia de protección de la maternidad han de ser interpretadas a la luz del principio general del interés superior del menor que se integra en el núcleo familiar con el progenitor o progenitores que le prestan atención y cuidados parentales, conforme a lo establecido en el art. 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, y al mandato del art. 39 CE, relativo a la protección a la familia y a la infancia, siendo este designio el que debe prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda exegética, así como de acuerdo a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas, atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad.

CUARTO.- El art. 177 LGSS otorga una prestación por nacimiento y cuidado de menor por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento familiar, durante los períodos de descanso que por tales situaciones se disfrutan de conformidad a los apartados 4, 5 y 6 del art. 48 del ET, y del art. 49, a), b) y c) del EBEP.

El art. 48 ET, modificado a través del RDL 6/19, de 1 de marzo, estableció, en resumen, que el nacimiento suspende el contrato de trabajo de la madre biológica durante 16 semanas, de las cuales serán obligatorias las 6 semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto, y fijó para el progenitor distinto de la madre biológica una suspensión de 16 semanas, de las cuales serán obligatorias las 6 semanas interrumpidas inmediatamente posteriores al parto, pormenorizándose diversas situaciones como son el parto prematuro, la adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento, así como supuestos de discapacidad.

A su vez, la suspensión del contrato de cada uno de los progenitores por el cuidado de menor una vez transcurridas las 6 semanas inmediatamente posteriores al parto puede disfrutarse a voluntad de los progenitores en períodos semanales acumulados o interrumpidos, y ejercitarse desde la finalización de la suspensión obligatoria posterior al parto hasta que el hijo o la hija cumpla 12 meses. Destacamos que expresamente se señala: *“este derecho es individual de la persona trabajadora sin que pueda transferirse su ejercicio al otro progenitor”*.

QUINTO.- Es indudable que la prestación que examinamos y la reforma introducida en el art. 48 ET se congenia con tres vías claras: la protección del menor y en general de la infancia; la introducción de una medida de igualdad de la mujer; y un elemento de conciliación de la vida familiar.

Vamos a estimar el recurso en base a la primera consideración. Desde el paraguas general de no discriminación, si se deniega la prestación a la beneficiaria, en los términos que lo pide, existe una conculcación del derecho de igualdad que consagra la Convención sobre los Derechos del Niño ya indicada de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, por cuanto que la atención, cuidado y desarrollo del menor afectado va a sufrir una clara merma respecto a aquellos otros que en situación semejante, encuadrados dentro de un modelo familiar biparental, van a recibir. Si partimos de la rechazable discriminación del menor por su propia condición o por el estado civil o situación de su progenitor, cuando introducimos un período de cuidado y atención para el grupo de hijos o hijas monoparentales, estamos no solamente mermando la atención que en las familias biparentales se presta, sino que también introducimos un sesgo que quebranta el desarrollo del niño, al quedar atendido menos tiempo y con menor implicación personal de quien ha sido considerado progenitor.

Por tanto, y siendo de directa aplicación, y en cuanto la Normativa Nacional quiebra

esa igualdad, el Convenio sobre los Derechos del Niño, entendemos que corresponde la prestación pedida, sobre cuyos requisitos del devengo nada se cuestiona (ya hemos referido la aplicación directa de esta normativa).

SEXTO.- Hemos anunciado que existen otros planos de confluencia en el derecho a la prestación que se reclama, y de aquí el que consideremos que la norma introduce un elemento importante de discriminación respecto a la mujer y a los fundamentos de la conciliación de la vida familiar. Como hemos estimado la prestación conforme hemos indicado en los ordinales precedentes, vamos a apuntar, exclusivamente, aquellas razones que hemos apreciado que pudieran ser vulneradoras de la Constitución, y en base a ellas el posible planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad.

SEPTIMO.- Desde una perspectiva sociológica, subyacente al derecho, podemos significar como el sistema de familia nuclear biparental ha variado a partir de los años 70 en España y en el entorno occidental, introduciéndose nuevos modelos y entre ellos la familia monoparental. En términos estadísticos, según datos del Instituto Nacional de Estadística, en 2019 el número de hogares monoparentales alcanzaba 1.800.087, frente a la tipología general de hogares de 18.625.000, de los cuales pareja con hijo o hijos era de más de seis millones.

Las familias monoparentales constituidas por varones eran 357.900, y por mujeres 1.530.600 hogares.

Las familias monoparentales, en una tipología ordinaria, son uno o varios hijos que conviven con solteros, viudos, separados o divorciados.

La situación familiar viene considerándose como un importante elemento referencial del estado del género, y en concreto determina la situación de la mujer en orden a sus expectativas y realidades laborales, atribuyéndose al modelo nuclear tradicional una posible manifestación de la situación de desigualdad de la mujer.

La realidad de las familias monoparentales, es muy variada, pero dejamos al margen la denominada feminización de la pobreza o los sistemas de atención y asistencia por vulnerabilidad (lo hacemos porque en principio nos encontramos ante trabajadores, aunque no olvidamos que es la mujer la que mayores contrataciones a tiempo parcial concierta), encontrándonos ahora ante prestaciones independientes de las ayudas que puedan establecerse por esas causas.

En definitiva, el mayor bloque de integrantes en el rango de progenitores de las familias monoparentales es el de la mujer. Cuando se establece el disfrute de la suspensión del contrato de trabajo en el art. 48, números 5 a 7 ET, incorporando al varón u otro progenitor de forma indirecta se está perjudicando a la mujer. El tiempo de dedicación al menor por parte de ella es superior, porque no lo comparte, ni simultanea ni diacrónicamente lo bifurca; el tiempo de dedicación a la formación y

promoción profesional también se merma; la promoción en el empleo y al desarrollo personal se reduce. La situación de la mujer vuelve a peyorizarse y en la buena apariencia, sin embargo, se vuelve a favorecer a un colectivo, pero aparte del mismo se le perjudica.

Se ha pretendido una igualdad entre el hombre y la mujer, pero se ha introducido una nueva brecha que nos sitúa no ante el techo de cristal sino ante el suelo pegajoso, y ante una concepción de la igualdad funcionalista, que obvia el que las distintas manifestaciones de la misma se desarrollan dentro de los hábitat o estructuras sociales. Es por ello que los hogares monoparentales, e indirectamente la mujer, queda discriminada.

También estos hogares monoparentales no tienen justificación de recibir un trato en su entorno dispar, pues el estado civil de la persona se introduce como un elemento fundamentalmente determinante de una situación de facto, como son solteros, viudas, o en ruptura matrimonial frente a los que presentan una situación de matrimonio o unión.

De igual forma los derechos de conciliación y vida familiar reciben un trato dispar entre personas que partiendo del mismo supuesto, integración de la dinámica de la producción en la de reproducción, quedan protegidas en mayor forma que al integrarse en dinámicas de familia monoparental. La conciliación supone la integración de la maternidad y el trabajo. No solo en un intento, línea actual de los legisladores de ampliar la natalidad, sino de preservar la relación filial, asumiendo socialmente el rol familiar como parte de la dinámica social. El mundo del trabajo no queda al margen de la realidad biológica, debiéndose buscar fórmulas que congenien la realidad de la persona y la de los ciclos productivos. Esta integración, conciliación, no puede ser dispar según una situación que partiendo del mismo hecho, la infancia y los progenitores, oferten situaciones distintas para quienes se encuentran en igual coyuntura. Ciertamente es que la suspensión del contrato de trabajo tiene una repercusión dentro de la actividad empresarial, pero la integración en un solo progenitor de la acumulación de todo el período de suspensión, aglutina toda la suspensión en un solo trabajador, pero no deja de ser el mismo disfrute que cuando nos encontramos ante una dualidad de progenitores.

Y, ya por último, puede existir una justificación del trato dispar a las formas de unidad de las parejas, pero de ella no puede inferirse un trato desigual a las familias que integran el hecho de la maternidad, acogimiento, adopción o guarda, pues la opción por el hogar monoparental no delimita un vínculo diferente de filiación determinante del cuidado y atención del menor, y sus propios derechos.

Por tanto, es posible suscitar una quiebra del principio de igualdad del art. 14 CE.

OCTAVO.- Todo cuanto hemos indicado conduce a estimar la demanda, y ello implica el derecho de la demandante a acumular 8 semanas adicionales por

nacimiento y cuidado de hijo, determinando ello el abono de la prestación correspondiente, y sin que se haga ningún otro pronunciamiento, atendido al suplico del propio recurso.

No se hace pronunciamiento sobre costas por aplicación del art. 235 LRJS.

Vistos: los artículos citados y los demás que son de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Se estima el recurso de suplicación interpuesto frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 5 de Bilbao de 18-5-2020, procedimiento 1015/19, por doña ZZ, Letrado que actúa en nombre y representación de doña XX, y con revocación de la misma se estima su demanda y se declara su derecho a disfrutar de 8 semanas adicionales de prestación por nacimiento y cuidado de hijo, condenando al Instituto Nacional de la Seguridad Social y a la Tesorería General de la Seguridad Social, a estar y pasar por la anterior declaración y al abono de la prestación correspondiente sobre la base reguladora de 122,61 euros días, sin costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.

Una vez firme lo acordado, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

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

E/

