

PRESTACIÓN POR NACIMIENTO Y CUIDADO DE HIJO: derecho a disfrutar de 8 semanas adicionales de prestación que hubieran podido corresponder al otro progenitor: familia monoparental: interpretación de la protección del menor, de la introducción de una medida de igualdad de la mujer y de conciliación de la vida familiar.

Jurisdicción: Social

Recurso de Suplicación 3176/2021

Ponente: Ilmo. Sr. D. Ricardo Pedro Ron Latas

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL

A CORUÑA

SENTENCIA: 00425/2022

RSU RECURSO SUPLICACION 0003176 /2021 SR

Procedimiento origen: SSS SEGURIDAD SOCIAL 0000134 /2021

Sobre: OTROS DCHOS. SEG.SOCIAL

RECURRENTE/S D/ña INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

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

RECURRIDO/S D/ña: Francisca

ABOGADO/A: ANNIE BUQUET SEGARRA

ILMO. SR. D. LUIS F. DE CASTRO MEJUTO

PRESIDENTE

ILMO. SR. D. JOSE ELIAS LOPEZ PAZ

ILMO. SR. D. RICARDO RON LATAS

En A CORUÑA, a veintiocho de enero de dos mil veintidós.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE EL PUEBLO ESPAÑOL ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A:

En el RECURSO SUPLICACION 0003176/2021, formalizado por la LETRADA DE LA ADMINISTRACION DE LA SEGURIDAD SOCIAL, en nombre y representación de INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia número 236/2021 dictada por XDO. DO SOCIAL N. 3 de OURENSE en el procedimiento SEGURIDAD SOCIAL 0000134/2021, seguidos a instancia de Francisca frente a INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/Dª RICARDO RON LATAS.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

1.

D/Dª Francisca presentó demanda contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 236/2021, de fecha veinticuatro de marzo de dos mil veintiuno.

2.

Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: PRIMERO.- La demandante es familia monoparental y tuvo una hija el NUM000-20. Base reguladora 81,22 €/día. SEGUNDO.-En fecha de 21-9-20 se le reconoce la prestación de nacimiento y cuidado de hijo del NUM000-20 al 30-12-20. En fecha de 13-11-20 se le deniega el reconocerle el periodo de nacimiento y cuidado del menor del otro progenitor que había solicitado el 6-11-20. Interpuesta reclamación previa fue desestimada el 18-12-20.

3.

Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

FALLO: Que estimando la demanda interpuesta por Francisca contra el INSS Y LA TGSS, se declara su derecho a disfrutar de 12 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 81,22 euros días.

4.

Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte DEMANDADA, siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.

Frente a la Sentencia de instancia, estimatoria de la pretensión deducida en la demanda, interpone recurso la representación letrada de la Administración demandada, a través de un primer motivo de suplicación, amparado en el art. 193.c) LRJS, en el que denuncia infracción de los arts. 177 y 178 del Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por RDLeg. 8/2015, de 30 de octubre en relación con lo dispuesto en el art. 48.4 del Texto refundido del Estatuto de los trabajadores aprobado por RDLeg 2/2015, de 23 de octubre, estimando, en esencia, que en el caso de la actora, el nacimiento del menor se produce en el seno de una familia monoparental y entendemos que el reconocimiento del derecho a ampliar la prestación por nacimiento y cuidado de hijo con las semanas que en su caso le hubieran correspondido al otro progenitor, supone una infracción de los preceptos señalados puesto que estamos ante una prestación individual que se adquiere en base a unas condiciones de

alta y cotización pre-vías al hecho causante que únicamente puede transferirse en supuestos de fallecimiento o de-cisión del titular, titular que en este caso no existe.

El motivo no puede prosperar. En primer lugar, porque esta Sala comparte los razonamientos de la sentencia de la Sala de lo Social del País Vasco acogida por la sentencia de instancia. Y, en segundo lugar, porque, al contrario de lo que manifiesta la parte recurrente, la normativa vigente sí que supone una discriminación en el caso de las familias monoparentales. De acuerdo con la normativa vigente en materia de prestaciones por nacimiento y cuidado de menor (art. 177 y ss. LGSS), 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. Por su parte, el art. 48 del ET, relativo a la suspensión del contrato de trabajo con reserva de puesto de trabajo, indica que el nacimiento, que comprende el parto y el cuidado de menor de doce meses, suspenderá el contrato de trabajo de la madre biológica durante 16 semanas, de las cuales serán obligatorias las seis semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto, que habrán de disfrutarse a jornada completa, para asegurar la protección de la salud de la madre; por otra parte, 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, si bien, de acuerdo con la DT 13ª del ET, a partir de 1 de enero de 2020, en el caso de nacimiento, el otro progenitor contará con un periodo de suspensión total de doce semanas, de las cuales las cuatro primeras deberá disfrutarlas de forma ininterrumpida inmediatamente tras el parto.

Por otra parte, la madre biológica podrá ceder al otro progenitor un periodo de hasta dos semanas de su periodo de suspensión de disfrute no obligatorio. El disfrute de este periodo por el otro progenitor, así como el de las restantes ocho semanas, se adecuará a lo dispuesto en el artículo 48.4 del ET. Este mismo precepto señala finalmente que "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. La suspensión del contrato de trabajo, transcurridas las primeras seis semanas inmediatamente posteriores al parto, podrá disfrutarse en régimen de jornada completa o de jornada parcial, previo acuerdo entre la empresa y la persona trabajadora, y conforme se determine reglamentariamente. La persona trabajadora deberá comunicar a la empresa, con una antelación mínima de quince días, el ejercicio de este derecho en los términos establecidos, en su caso, en los convenios

colectivos. Cuando los dos progenitores que ejerzan este derecho trabajen para la misma empresa, la dirección empresarial podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones fundadas y objetivas, debidamente motivadas por escrito".

En suma, a la vista de lo dispuesto normativamente, resulta evidente que, en el año 2020, las parejas podrán disfrutar de la suspensión del contrato y de la prestación correspondiente para cuidado de hijo, una vez transcurrido el período de seis semanas posteriores al parto, de 10 y 8 semanas de disfrute de la prestación correspondiente, lo cual les permite atender al cuidado del menor de manera individual un total de 18 semanas hasta que el menor cumpla 12 meses. Y limitar ese derecho cuando se trata de familias monoparentales, a nuestro entender, provoca la conculcación de varios derechos protegidos constitucionalmente.

2.

En primer lugar, la necesaria protección del menor, que, dependiendo de la clase de familia, podría encontrarse con cierta desprotección social, ya que mientras que, si cuenta con dos progenitores, esto podrían dedicarse a su cuidado varias semanas más que las que le corresponderían si se trata de una familia monoparental. En este sentido debe tenerse en cuenta que el art. 39.4 de la CE señala que "Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos", lo que debe ponerse en conexión en primer término con el art. 53.3 CE ("El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen"), pero sobre todo con esos tratados internacionales a lo que se refiere la Carta Magna, así como con la jurisprudencia que los interpreta, habida cuenta lo dispuesto en la Ley 25/2014, de 27 de noviembre: "Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional".

En particular, debe prestarse atención a la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre 1989, ratificada por Instrumento de 30 de noviembre 1990, ya que: 1) su art. 3, apartados 1 y 2, señala que "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 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"; 2) "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 ...A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños ...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" (art. 18, apartados 1 a 3); y 3) "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 hecha por el niño o en su nombre" (art. 26, apartados 1 y 2).

Por lo que se refiere a la jurisprudencia al respecto, el TEDH (acertadamente citado por la parte actora en su escrito de impugnación) viene sosteniendo sin fisura que el interés superior del niño debe ser lo primero, en la interpretación (añadimos) de las normas jurídicas: "Par ailleurs, les choix opérés par l'État, même dans les limites de cette marge, n'échappent pas au contrôle de la Cour. Il incombe à celle-ci d'examiner attentivement les arguments dont il a été tenu compte pour parvenir à la solution retenue et de rechercher si un juste équilibre a été ménagé entre les intérêts de l'État et ceux des individus directement touchés par cette solution (voir, mutatis mutandis, S.H. et autres, précité, § 97). Ce faisant, elle doit avoir égard au principe essentiel selon lequel, chaque fois que la situation d'un enfant est en cause, l'intérêt supérieur de celui-ci doit primer" (Tribunal Europeo de Derechos Humanos [Sección 5ª], Caso Mennesson contra Francia. Sentencia de 26 junio 2014). Y así lo reconoce igualmente la Sala de lo Social del TS, señalando que "El interés superior del menor no puede erigirse en principio a partir del cual los órganos jurisdiccionales alteren el contenido de las normas y eludan la sujeción al ordenamiento jurídico... Ahora bien, sí constituye un canon interpretativo de relevancia cuando debemos aplicar normas que lo han querido tener presente" (STS de 25 de octubre de 2016 [Rec. núm. 3818/2015]).

Así, según una STSJ Madrid de 23 de diciembre de 2014 (Rec. núm. 497/2014), "Es el interés superior del menor el que debe llevar a respetar su derecho a disfrutar plenamente de su vida familiar y privada ex art. 8 en relación con el 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, BOE del 10 de octubre de 1979 (the children's best interests being paramount - in fully enjoying their rights to respect for their private and family life , sentencia Mennesson v. France 65192/11) y de la misma forma, el interés y el bienestar de la persona el que deben tener prioridad, derechos que en nuestra legislación y también en la de Seguridad Social se plasman cuando se reconoce que la finalidad de la prestación de maternidad está relacionada no solo con el descanso obligatorio y voluntario por el hecho del parto, sino también con la atención o cuidado del menor, que se convierte en elemento prioritario desde el momento en que no solo se atribuye la condición de beneficiario a la madre, sino también al padre, ambos biológicos, y a supuestos en los que no hay alumbramiento en clara evidencia de que el objeto de la prestación se vincula más con la atención al menor, que con el hecho del parto y del descanso físico derivado del mismo... En relación con el principio del interés superior del menor al que antes nos referimos, debe indicarse que tiene características de orden público de tal forma que los jueces y tribunales tienen necesariamente que inspirarse en él a la hora de tomar cualquier decisión que afecte a un menor. Así se deriva de los textos internacionales citados, de la sentencia Mennesson v. France , antes referida, e igualmente del art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 (firmada por España el 26 de junio de 1990

y ratificada el 6 de diciembre de 1990), que refiere que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. De la misma forma la Observación General núm. 14 de las Naciones Unidas de 2013 sobre la Convención de los Derechos del niño refiere que cuando se trate de adopción así como en relación con otras cuestiones el interés superior del menor será «la consideración primordial» aclarando expresamente que: «El interés del niño a que su interés superior sea una consideración primordial significa que los intereses del niño tienen máxima prioridad y no son una de tantas consideraciones. Por tanto, se debe conceder más importancia a lo que sea mejor para el niño». Finalmente, de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, Sala Civil (STS de 12 de diciembre de 2013 , 29 de noviembre de 2013 , 29 de abril de 2013 , 25 de mayo de 2012 , 1 de octubre de 2010 , y 11 de marzo de 2010 entre otras) y de su consagración, además, en una Ley Orgánica, la 1/1996 , art. 2 , y, por supuesto, en el necesariamente relacionado principio de igualdad con independencia del nacimiento de todos los seres humanos y prohibición de discriminación consagrado en nuestra propia Constitución de 1978 , artículos 10, apartados 1 y 2 , y art. 14, en su remisión el primero a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, de inexorable respeto.

Es, pues, evidente que el interés superior del menor, y como consecuencia los derechos fundamentales que con él se relacionan (no discriminación por razón de nacimiento), constituye y opera como una cláusula general de nuestro ordenamiento siempre que el interés de un menor es puesto en cuestión. Por ello, cuando una norma colisiona con el principio o cláusula general del interés superior del menor y con el de igualdad con independencia del nacimiento, su aplicación (e incluso su neutralización) debe realizarse conforme a las exigencias derivadas de un principio general prioritario, el del interés superior del menor. En el presente caso no concurre bien jurídico equivalente con el que deba establecerse ponderación alguna.".

En segundo término, la decisión de la Administración supone una evidente discriminación por circunstancias familiares (y, en su caso, podría suponer una flagrante de discriminación indirecta por razón de género), carente de una justificación objetiva y razonable, suponiendo además un menoscabo para la efectiva conciliación de la vida familiar y laboral del progenitor individual. Es evidente que las familias monoparentales presentan mayores dificultades a la hora conciliar vida familiar y laboral, lo que debiera exigir sin duda una especial sensibilidad al legislador a la hora de establecer medidas de protección social en favor de esas familias, resultando un ejemplo paradigmático la Carta Social Europea, cuyo Anexo a la Carta Social Europea revisada, señala que "se entiende que la protección concedida por esta disposición abarca a las familias monoparentales". Y así lo viene entendiendo la UE desde hace décadas, por ejemplo, en una Resolución de 15 de septiembre 1998, del Parlamento Europeo, relativa precisamente a la Situación de las madres solas y las familias monoparentales, donde se destaca el hecho de que "la estructura familiar en la Unión Europea está cambiando de manera importante, debido, entre otros factores, a los cambios demográficos que se están produciendo; que la familia monoparental representa el 10 % de los núcleos familiares de la Unión Europea y que, por consiguiente, las políticas sociales y de seguridad social deben tener en cuenta estos cambios", y además que: 1) un 80-90% de las familias monoparentales son las mujeres quienes ejercen de cabeza de familia y en las que recae toda la

responsabilidad del sustento y de los cuidados; 2) este tipo de familias se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad y que, por este motivo, pueden necesitar ayudas específicas; y 3) la madre sola típica suele estar en paro o tener trabajos mal remunerados o a tiempo parcial, caracterizados por una menor seguridad laboral y con pocas posibilidades de proporcionar una formación básica o adicional, bloqueando así toda mejora en la carrera o en la capacidad de cambiar de empleo.

3.

Como decimos, la situación normativa que nos ocupa supone una situación de discriminación por razones familiares y, a falta de más datos, una discriminación indirecta por razón de género, tal y como reconoce, por ejemplo, una STSJ Madrid de 21 de julio de 2021 (Rec. núm. 529/2021), conforme a la cual "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".

Y decimos que 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, 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, 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 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 (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 ... 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".

4.

En el segundo de los motivos de suplicación, se denuncia por la parte recurrente infracción de los arts. 177 y 178 del Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por RDLeg. 8/2015, de 30 de octubre en relación con lo dispuesto en el art. 48.4 del Texto refundido del Estatuto de los trabajadores aprobado por RDLeg 2/2015, de 23 de octubre y la Disposición Transitoria Decimotercera de la misma norma, estimando, en esencia, que dicho derecho tendría una duración de 8 semanas y no de 12 como se reconoce.

El motivo debe ser estimado, de nuevo al igual que la sentencia del STSJ País Vasco mencionada, que reconoce el derecho en caso de familias monoparentales a acumular 8 semanas adicionales por nacimiento. Coincidimos con la parte recurrente en que "como señala la Disposición Transitoria Decimotercera del ET, en su apartado 1.d), a partir del 1 de enero de 2020, el progenitor distinto de la madre biológica contará con período de suspensión total de doce semanas **de las cuales las cuatro primeras deberá disfrutarlas de forma ininterrumpida inmediatamente tras el parto** ... Por ello consideramos que al superponerse necesariamente las seis semanas de descanso obligatorio para la madre biológica tras el parto con las cuatro semanas de descanso para el otro progenitor también inmediatamente posteriores al nacimiento, dichas cuatro semanas no pueden en ningún caso trasladarse a un

momento de disfrute posterior al concreto momento temporal señalado en dicho precepto". Y es que, al haber sido disfrutadas por el otro progenitor cuatro semanas inmediatamente posteriores al parto, que coinciden con las seis del progenitor principal, siendo dedicadas ambas al cuidado del menor inmediatamente posterior al parto, la familia monoparental tendrá derecho (lo contrario vendría a suponer un nuevo supuesto de discriminación) a las ocho semanas restantes de permiso de nacimiento y cuidado del menor, por ser éstas las que, verdaderamente, no han disfrutado ni la demandante ni el menor por el hecho de ser familia monoparental.

Por todo ello, procede estimar en parte el recurso en el sentido expresado en el fundamento jurídico anterior. En consecuencia,

FALLAMOS

Que estimando en parte el recurso de Suplicación interpuesto por la representación procesal de la Administración de la Seguridad Social, contra la sentencia de fecha veinticuatro de marzo del año dos mil veintiuno, dictada por el Juzgado de lo Social número tres de los de Ourense, en proceso promovido por doña Francisca frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, debemos revocar y revocamos parcialmente la sentencia de instancia, y estimando en parte el recurso, debemos declarar el derecho de la actora a disfrutar de 8 semanas adicionales de prestación por nacimiento y cuidado de hijo, manteniendo el resto de pronunciamientos de la resolución de instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina.

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