

DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

BELÉN FERNÁNDEZ DOCAMPO

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidade de Vigo

belendocampo@uvigo.es

Palabras clave: Seguridad Social; maternidad; jubilación.

Palabras chave: Seguridade Social; maternidade; xubilación.

Keywords: Social Security; maternity; retirement.

DOCTRINA JUDICIAL DEL TS

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 22 de febrero de 2023 (recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 4471/2019)

RESUMEN: determinación de la fecha de efectos de una prestación –complemento por mínimos- habiéndose formulado una primera solicitud, no resuelta en plazo y sin interposición de reclamación administrativa previa, y presentada una nueva solicitud en base a los mismos datos fácticos y jurídicos que es estimada judicialmente.

NORMAS APLICADAS:

Art. 53.1 LGSS.

ART. 6.9 RD 1170/2015, de 2 de diciembre.

Art. 39.3 Ley 39/2015, de 1 de octubre.

La cuestión suscitada en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina se centra en determinar la fecha de efectos económicos de un complemento por mínimos cuando

existe una primera solicitud que no fue resuelta por la Entidad Gestora, presentándose nueva reclamación que concluye con reconocimiento del complemento, con base en los mismos datos fácticos y jurídicos que soportaban la primera.

Desde el 17 de mayo de 2017, la parte actora en los presentes autos percibe una pensión de jubilación reconocida al amparo de un Convenio bilateral firmado con Venezuela. El 7 de noviembre de 2017 presentó declaración de ingresos a fin de que le fuera reconocido el complemento por mínimos sin que dicha solicitud fuera resuelta. La posterior reclamación administrativa previa a la vía judicial la formuló el 6 de junio de 2018 y, posteriormente, demanda en el Juzgado de lo Social, que estimó la pretensión, si bien reconoció como fecha de efectos de la misma la de tres meses anteriores a la reclamación previa, esto es, el 6 de marzo de 2018.

No conforme con la resolución de instancia, la parte actora interpone el correspondiente recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del TSJ de Galicia que fue íntegramente desestimado (STSJ de Galicia de 26 de septiembre de 2019, recurso de suplicación núm. 1933/2019), de ahí la presentación del correspondiente recurso de casación ante el TS cuya resolución es objeto del presente comentario.

La desestimación del recurso de suplicación por el TSJ de Galicia lo fue tras aplicar íntegramente el contenido del art. 53.1 LGSS, esto es, la retroacción de los efectos del reconocimiento de una prestación a partir de los 3 meses anteriores a la fecha en la que se presente la solicitud, que para la Sala de Galicia lo era la de la reclamación previa a la vía judicial de la solicitud del complemento por mínimos. Para el TSJ, las actuaciones del mes de noviembre de año 2017, solo tenían por objeto la presentación de una declaración de ingresos a efectos del complemento por mínimos, que no había sido atendida, ni reclamada por el actor, ahora recurrente.

En la Sentencia de contraste aportada por el recurrente para la formulación del recurso de casación, TSJ de Galicia de 10 de mayo de 2019 (recurso de suplicación núm. 359/2019), la Sala gallega equiparaba la situación de factor de impago de una pensión con el momento de la reclamación del

complemento a mínimos, y si en ninguno de los dos momentos el derecho a reclamar el complemento había prescrito, una vez reconocido, los efectos deberán retrotraerse a los 3 meses anteriores desde que se dejó de percibir.

En definitiva, de lo que se trata en el presente recurso es de examinar si ante la solicitud de una prestación inicialmente denegada, de forma expresa o presunta, como ocurre en el presente caso, pero sin impugnación posterior por parte del beneficiario, la petición se reitera con posterioridad, pero con base en los mismos datos fácticos y jurídicos que regían en el momento de la inicial solicitud, puede otorgarse a la segunda resolución eficacia retroactiva con respecto de la primera reclamación, con una limitación, a saber, que la retroactividad no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas.

Para el TS, la doctrina aplicable es la contenida en el art. 39.3 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (anterior, art. 57.3 Ley 30/1992, de 26 de noviembre) y que ha sido aplicado en distintas sentencias de casación, entre otras, las siguientes: TS de 1 de febrero de 2000 (recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 3214/1998); 29 de marzo de 2010 (recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1130/2009); 22 de noviembre de 2011 (recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 4277/2010); 14 de enero de 2014 (recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 640/2013); y, 19 de noviembre de 2014 (recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1221/2013).

A tal efecto, y como compendio de la doctrina contenida en todas esas resoluciones, señala el TS en la sentencia ahora objeto de este comentario, que, si bien una interpretación literal del artículo en cuestión permitiría estar a la última solicitud, el contenido de la norma tampoco excluye que tal cualidad –esto es, el punto de partida- pueda igualmente atribuirse a una reclamación anterior indebidamente denegada, o al menos no lo hace con la claridad que es exigible para exceptuar la previsión en favor del administrado contenida en el art. 57.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

Y con mayor motivo cuando es criterio usual de la Sala atender al principio *pro beneficiario* en el supuesto de disposiciones con dudoso significado no atendible por los habituales criterios exegéticos. En toda esta argumentación, queda también excluida la doctrina que corregía la retroacción de efectos, por tratarse de una argumentación finalista y de equidad, y que solo cabía en ausencia de solución expresa del legislador, por lo que esas mismas consideraciones abonan la solución ahora adoptada respecto de una cuestión que no aparece resuelta de manera directa y/o clara por el legislador.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 17 de mayo de 2023 (Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 3821/2022)

RESUMEN: el complemento de maternidad por aportación demográfica del art. 60 LGSS, redacción original, sustituido por el complemento para la reducción de la brecha de género tras la modificación del referido precepto, puede ser obtenido por igual por mujeres u hombres que cumplan los requisitos previstos en su normativa reguladora, sin tomar en consideración la circunstancia de que el otro progenitor también tenga o pueda tener derecho a su percepción.

NORMAS APLICADAS:

Art. 60 LGSS, redacción original.

Art. 60 LGSS, ex RD-Ley 3/2021, de 2 de febrero.

La controversia litigiosa objeto del presente comentario radica en determinar si el derogado complemento de maternidad por aportación demográfica –art. 60 LGSS, redacción 2015- puede disfrutarse simultáneamente por los dos progenitores de los mismos descendientes. En este caso en particular, dicho complemento estaba siendo percibido por la madre desde su jubilación en el año 2016, pero llegado el mes de mayo de 2021, y aunque ya llevaba jubilado desde diciembre de 2018, interesa también su reconocimiento el padre. La pareja tenía en común tres hijos.

El fallo de suplicación (STSJ de Galicia de 8 de julio de 2022, recurso de suplicación núm. 1417/2022), contra la que interpone el recurso de casación el INSS, confirmaba la Sentencia de instancia –Juzgado de lo Social de A Coruña–, que sí le reconocía ese derecho al solicitante, pese a que el complemento ya estaba siendo percibido por la madre. En el mismo sentido se pronuncia el TS, en la Sentencia objeto del presente comentario, es decir, en permitir la percepción de dicho complemento por los dos progenitores, sin que el derecho de uno de ellos excluya el del otro y, por supuesto, al margen de su sexo.

Si se atiende a la normativa aplicable al supuesto litigioso, el art. 60 LGSS, en su redacción original, es evidente que su contenido “literal” no parece justificar el sentido del fallo del TS. Sin embargo, tras la lectura y el estudio de sus fundamentos, no queda más que confirmar su acertado y ecuánime criterio jurídico. Desde luego, en su sentido ha tenido mucho que ver la doctrina del TJUE, con la Sentencia de 12 de diciembre de 2019 (asunto C-450/18), al poner en evidencia, por discriminatorio, el contenido del referido art. 60 LGSS.

Tras su introducción por Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado, el calificado como complemento por maternidad por aportación demográfica quedaba incorporado a la acción protectora de la Seguridad Social y tras su ubicación, ese mismo año, en el texto refundido de la LGSS de 2015, su régimen jurídico quedaba previsto en su art. 60. Su objetivo último se situaba en conseguir una reducción de la brecha de género en las pensiones y con ello abordar una de tantas innumerables desigualdades y desequilibrios que sufría –y sufre– el colectivo femenino respecto del masculino en las relaciones laborales y en el sistema de protección social. En particular, se trataba de una medida diseñada para las mujeres que abandonaban la vida activa e iniciaban la percepción de una prestación contributiva del sistema de la Seguridad Social. Y se dice expresamente “medida diseñada para las mujeres”, porque solo ellas aparecían como beneficiarias del referido complemento. En concreto, en su apartado 1 que disponía lo siguiente: “Se reconocerá un complemento de pensión, por

su aportación demográfica a la Seguridad Social, a las mujeres que hayan tenido hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias en cualquier régimen del sistema de la Seguridad Social de pensiones contributivas de jubilación, viudedad o incapacidad permanente". En los otros apartados del precepto, se ordenaban el resto de requisitos exigidos para su percepción. Entre ellos, su naturaleza jurídica, número de hijos, porcentaje del complemento, límites, cuantía mínima y concurrencia de pensiones.

Ahora bien, aunque su finalidad era muy loable –reducir la brecha de género en las pensiones-, los cuestionamientos acerca de la adecuación del contenido del precepto a la normativa europea pronto salieron a la luz, entre ellos, como no, el de una eventual transgresión del principio de la no discriminación por razón de sexo. Las directivas que se suponían eventualmente vulneradas, la 79/7/CEE, de 19 de diciembre, y la 2006/54, de 5 de julio. La solución llegó de la mano de la STJUE de 12 de diciembre de 2019 (asunto C-450/18) que, efectivamente, declaró que el Derecho de la Unión se opone a una norma que reconoce a las mujeres, en las condiciones previstas en el precepto español objeto de examen, un complemento económico en el ámbito de la Seguridad Social, mientras que lo niega a los hombres que se encuentren en idéntica situación. Entre otras muchas razones, en los argumentos del fallo europeo se objeta que el complemento no contenga ningún elemento que establezca una conexión entre su concesión y el previo disfrute de un permiso de maternidad o las desventajas que sufre una mujer en su carrera debido a la interrupción de su actividad durante el período que sigue al parto. En definitiva, que no exige en ningún lugar que las mujeres hayan dejado efectivamente de trabajar en el momento en que tuvieron a sus hijos, con lo que se podría beneficiar, también, cualquier mujer que hubiese dado a luz antes de acceder al mercado laboral. Por lo tanto, no se justifica el que no se reconozca a los varones que hubiesen tenido descendientes.

La referida doctrina comunitaria fue aplicada por los órganos jurisdiccionales españoles en no pocas ocasiones, entre otras, pueden citarse las siguientes sentencias de suplicación: TSJ Castilla y León (Valladolid) 23 diciembre 2020 y 15

septiembre 2021 (recurso de suplicación núm. 1881/2020 y 668/2021); TSJ Galicia 11 mayo 2021 (recurso de suplicación núm. 3745/2020); TSJ Madrid 29 octubre 2021 (recurso de suplicación núm. 539/2021); y TSJ Castilla y León (Burgos) 10 noviembre 2021 (recurso de suplicación núm. 465/2021). Una de las cuestiones más debatidas era la fecha de efectos de la Sentencia europea, cuestión ya comentada en el número anterior de esta sección de la RGDS.

Y así se llegó a la aprobación del RD-Ley 3/2021, de 2 de febrero, que derogó, por discriminatorio el aludido "complemento por maternidad" ordenando, en su lugar, y también en el art. 60 LGSS, el ahora bautizado como "complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género", que, entre otras muchas novedades, dio entrada a la posibilidad de que el complemento lo percibiesen los "hombres" –así se prevé en el segundo párrafo de la nueva redacción del art. 60.1 LGSS-, siempre que concurriesen alguna de las siguientes razones justificativas: la primera, causar una pensión de viudedad por fallecimiento del otro progenitor –en alusión a la madre- por los hijos o hijas en común. La segunda, haber interrumpido o haber visto afectada su carrera profesional con ocasión del nacimiento o adopción del hijo o hijos. Eso sí, la percepción del nuevo complemento por parte del segundo progenitor – que además de un hombre, puede ser otra mujer, según el propio art. 60.1 LGSS- excluye, siempre y en todo caso, el de la madre. Es obvio, cuando se trata de complementar la pensión de viudedad. Pero también en los demás supuestos en los que permite la solicitud al otro progenitor, pues así se indica expresamente en la norma: "el reconocimiento del complemento al segundo progenitor supondrá la extinción del complemento ya reconocido al primer progenitor y producirá efectos económicos el primer día del mes siguiente al de la resolución (...). Antes de dictar la resolución reconociendo el derecho al segundo progenitor se dará audiencia al que viniera percibiendo el complemento". Por otra parte, como cuestión indubitable de la nueva ordenación, hay que referir su fecha de efectos, señalando expresamente la norma de urgencia que el nuevo complemento se reconocerá a las pensiones causadas a partir de la entrada en vigor del RD-

Ley 3/2021, de 2 de febrero, esto es el 4 de febrero de 2021 (vid. disp. adic. primera y disp. final tercera del RD-Ley 3/2021, de 2 de febrero).

En fin, como recapitulación sintetizada de toda esta ordenación, procede dar cuenta de lo siguiente:

Año 2015, mes de octubre, regulación de un complemento de prestaciones de la Seguridad Social, de titularidad exclusivamente femenina, declarado contrario al Derecho comunitario por discriminatorio, dando entrada, por lo tanto, a su percepción, además, por padres, en la forma en que determinen los tribunales.

Año 2021, mes de febrero, reordenación de dicho complemento, permitiendo su percepción al segundo progenitor, pero excluyendo, entonces, al primero, y siempre que concurran en aquel –en el segundo progenitor- una serie de condicionantes, entre ellos, haber interrumpido o haber visto afectada su carrera profesional por el nacimiento y cuidado de los hijos. Eso sí, la nueva normativa solo va a ser aplicable a las pensiones causadas a partir de su entrada en vigor, esto es, el mes de marzo de 2021.

En el mes de abril de 2021 tiene lugar la reclamación del solicitante –padre varón-, demandante en los presentes autos, en relación con su pensión de jubilación causada en el año 2016, estando ya percibiendo el complemento la madre. Lo que solicita es el complemento por aportación demográfica del art. 60 LGSS 2015 y no el complemento de brecha de género del art. 60 LGSS 2021. Naturalmente que el complemento por aportación demográfica del art. 60 LGSS 2015 es también el que está percibiendo la madre de los descendientes. Y dicha petición, la del padre, fue estimada por la Sala de lo Social del TS, que con dicha estimación rechaza el recurso presentado por el INSS.

Desde luego, a poco que se reflexione sobre el sentido del fallo, no es difícil vaticinar una sentencia ciertamente interesante, pues parece ir en contra de la normativa aplicable, el art. 60 LGSS, no solo en su redacción posterior al RD-Ley 3/2021, de 2 de febrero, sino también, y con más razón, a la anterior. De ahí su elección para el presente comentario.

En efecto, el TS, confirmando la Sentencia de suplicación del

TSJ de Galicia, reconoce al solicitante –padre- su derecho a percibir el complemento de maternidad por aportación demográfica sin que la percepción del otro progenitor, la madre, limite su derecho. Eso sí, una vez reconocido el derecho, esto es, el complemento, sus efectos se producirán a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presentó la correspondiente solicitud, tal y como ordena el art. 53.1 LGSS. Para argumentar esta doctrina, el TS parte de algo muy básico, pero fundamental, cuando se trata de identificar la normativa aplicable a la hora de reconocer y calcular una prestación de la Seguridad Social, que es la fijación del “momento del hecho causante”. Sin que ello permita obviar la doctrina comunitaria, en concreto, aplicando la no discriminación.

Una vez aclarado, por lo tanto, que lo que procede es la aplicación del art. 60 LGSS en su redacción de 2015, lo que corresponde a continuación es interpretarlo a la luz de la STSJ de 2019, que exige que se aplique y reconozca el complemento con independencia de quien lo solicite, mujer y hombre, eso sí, siempre que sean madre o padre, respectivamente. Una vez reconocido a uno de ellos, excluirlo al otro, carece de todo soporte legal, pues no se corresponde con el tenor del precepto y comporta una extralimitación de esa tarea. Si se concediera el complemento solamente a un progenitor y se reconociera primero al padre, que se ha jubilado con anterioridad, se denegaría a la madre, jubilada posteriormente.

De nuevo el TS, confirmando la Sentencia de suplicación, ratifica el acertado criterio de la Sala de lo Social del TSJ de Galicia que, una vez más, había resuelto con argumentos jurídicos de peso una eventual vulneración del principio de igualdad por razón de sexo, pero esta vez por discriminación del sexo masculino.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 29 de junio de 2023 (Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 2301/2020)

RESUMEN: determinación del reparto de responsabilidades entre el INSS y la Mutua en el abono de la prestación de IP

derivada de enfermedad profesional, cuando el beneficiario cotizó al Régimen General y al RETA, en el que no optó por el aseguramiento voluntario de las contingencias profesionales, en la etapa en la que no era obligatorio. El TS concluye que únicamente se han de tener en cuenta los períodos trabajados por cuenta ajena.

NORMAS APLICADAS:

RD 1273/2003, de 10 de octubre.

Según consta en la sentencia que ahora se comenta, el trabajador había prestado servicios como cantero por cuenta ajena desde julio de 1985 hasta el 10 de octubre de 2018, si bien en el período que transcurre desde agosto de 1991 hasta enero de 2017 estuvo en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA), sin que conste opción por la cobertura del subsidio de IT ni por contingencias profesionales. Una vez que retoma su actividad por cuenta ajena, 30 de enero de 2017 hasta el 10 de octubre de 2018, su prestación de servicios como trabajador dependiente lo fue para una empresa que tenía concertadas las contingencias profesionales con la Mutua Fraternidad. En el mes de noviembre de ese año 2018, el trabajador fue declarado en situación de IP total derivada de enfermedad profesional, condenándose al INSS y a la Mutua, en diferentes porcentajes, al abono de la correspondiente prestación.

El debate se centra en determinar el porcentaje de responsabilidad en el abono de la referida pensión de IP que corresponde a la entidad gestora -INSS- y a la entidad colaboradora -Mutua Fraternidad-, a las que, respectivamente cotizaron las distintas empresas para la que prestó servicios como cantero el beneficiario de la pensión. Y el conflicto surge porque a raíz del período temporal -desde agosto de 1991 hasta enero de 2017- en el que el trabajador estuvo en el RETA y sin cotizar por contingencias profesionales, las aludidas entidades, la gestora y la colaboradora, hacen un cómputo diferente del periodo total de referencia a tener en cuenta, para calcular su porcentaje de responsabilidad.

Para la entidad colaboradora -Mutua Fraternidad-, en dicho

período de referencia, hay que considerar, no solo el tiempo transcurrido como trabajador por cuenta ajena, sino también, el período en el que el pensionista estuvo de alta en el RETA, toda vez que es el INSS, en cuanto sucesor del Fondo Compensador de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, el que recibía las cotizaciones por su actividad como autónomo. Por lo menos, hasta el 1 de enero de 2004, pues hasta ese momento no existía en el RETA la posibilidad de asegurar las contingencias profesionales. De acuerdo con esta argumentación al INSS le correspondería asumir un 94,34% de la pensión por los 10.320 días que, hasta el 31 de enero de 2016, el trabajador estuvo prestando servicios como trabajador por cuenta ajena y propia y a la Mutua, el 5,66% restante por los 619 días que prestó servicios a una empresa que cotizaba a dicha entidad colaboradora.

En cambio, para el INSS, el período de referencia a tener en cuenta para calcular su cuota de responsabilidad, comprenderá, exclusivamente, los períodos durante los cuales el trabajador ha cotizado como trabajador por cuenta ajena. Esto es, desde julio de 1985 hasta agosto de 1991 y desde 30 de enero de 2017 hasta el 10 de octubre de 2018. Teniendo en cuenta tales períodos, su cuota de responsabilidad en el abono de la pensión de incapacidad sería del 81,06% del total, respondiendo la Mutua en un 19,94%.

La Sala de lo Social del TSJ de Galicia de 26 de junio de 2020 (recurso de suplicación núm. 5938/2019) a la hora de resolver el conflicto que le fue planteado y asumiendo el criterio del INSS, lo tiene meridianamente claro: los períodos en que el trabajador estuvo en el RETA no se pueden tener en cuenta, por un lado, porque hasta el 1 de enero de 2004 no existía en este Régimen la posibilidad de asegurar las contingencias profesionales y porque a partir de esa fecha, el trabajador no procedió, tampoco, a mejorar voluntariamente su acción protectora, incorporando las contingencias por enfermedad profesional y accidente de trabajo, no recibiendo el INSS, en cuanto sucesor del Fondo Compensador de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, cotización alguna por la actividad como autónomo. Es más, por dicho período –el del RETA-, ni el INSS ni la Mutua deben

responder, pues ninguna de dichas entidades ha recibido cotización alguna por contingencia profesionales.

Contra el planteamiento de la Sala gallega, la Mutua interpone el correspondiente recurso de casación para la unificación de doctrina, pues existe una Sentencia de suplicación contradictoria (STSJ de Justicia de Andalucía (Granada) de 20 de septiembre de 2018 (recurso de suplicación núm. 108/2018), que aporta, y que, contrariamente a la doctrina de la Sala gallega, sí tiene en cuenta el período en el RETA anterior al 1 de enero de 2004, y dicha inclusión se hará a cargo del INSS, porque es esta entidad la que debe responder subsidiariamente por el Fondo de Compensación aunque fuera un período de actividad como autónomo y sin previsión legal de cobertura de contingencias profesionales. Eso sí, quedan excluidos los períodos que estuvo en el RETA a partir de 1 de enero de 2004.

La solución de la contradicción planteada lleva al TS a hacer un somero repaso de la creación y finalidad del Fondo de Compensación de Seguro, así como del régimen jurídico del RETA, en particular, todo lo relativo a cotizaciones y cobertura, para traer a colación la doctrina del TC en la que se reconoce que la "existencia de normas diversas para los distintos regímenes de la Seguridad Social ni constituye un supuesto de discriminación, ni es contraria al principio de igualdad, porque la existencia de esas diferencias es una consecuencia de la organización pluralista profesional de la cobertura que atiende a las características de cada grupo - financieras, contributivas, profesionales y de actividad- dentro de opciones generales de articulación".

A la vista de toda la regulación, continúa señalando el TS, es evidente que no se puede decir que en el período anterior a 1 de enero de 2004, momento en que se amplía la acción protectora del RETA con las contingencias profesionales, el Fondo Compensador del Seguro de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, tuviera que atender las contingencias profesionales de los trabajadores autónomos cuando dicho fondo no se nutría de cotización o prima alguna por parte de dichos trabajadores que, entonces, carecían de una específica protección de contingencias profesionales que tuviera que ser cubierta por aquel Fondo.

La referida doctrina aplicada al caso planteado, lleva al TS a determinar que el periodo que es objeto de debate en este momento y que, como se ha indicado, queda ceñido, al anterior a 1 de enero de 2004, no es posible que pueda integrar el reparto de responsabilidades que puedan tener las entidades que deben responder de las contingencias profesionales, tal y como entendió la sentencia recurrida y no la de contraste. Y ello porque a la vista de toda la regulación que ha sido analizada, no se puede decir que el Fondo Compensador del Seguro de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, tuviera que atender las contingencias profesionales de los trabajadores autónomos cuando dicho fondo no se nutría de cotización o prima alguna por parte de dichos trabajadores que, entonces, carecían de una específica protección de contingencias profesionales que tuviera que ser cubierta por aquel Fondo. Y menos aún en el período posterior, a partir del 1 de enero de 2004, en el que el trabajador no procedió, tampoco, a mejorar voluntariamente la acción protectora incorporando las contingencias por enfermedad profesional y accidente de trabajo, no recibiendo el INSS, en cuanto sucesor del Fondo Compensador de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, cotización alguna por la actividad como autónomo.

DOCTRINA JUDICIAL DEL TSJ de GALICIA

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social) de 12 de mayo de 2023 (recurso de suplicación núm. 5565/2022)

RESUMEN: no procede el reconocimiento al único progenitor de una familia monoparental de la prestación por nacimiento y cuidado de menor que le hubiera correspondido al otro progenitor en supuestos en los que ya se le ha reconocido dicha prestación como titular, al no resultar una exigencia que derive ni de la CE, ni de ninguna norma de la UE, ni de ningún acuerdo o tratado internacional ratificado por España.

NORMAS APLICADAS:

Arts. 177 y 178 LGSS.

Arts. 48.4, 48.5 y 48.6 ET.

La presente resolución, dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Galicia, el 12 de mayo de 2023, estima íntegramente el recurso de suplicación interpuesto por la entidad gestora de las prestaciones de la Seguridad Social –INSS-, y rechaza en su totalidad la petición de la parte actora –la madre trabajadora- que había solicitado la ampliación de la prestación por nacimiento y cuidado de menor, en 16 semanas más de las que le correspondían a ella individualmente, por tratarse de una familia monoparental, por lo tanto, para adicionarlo como permiso de segundo progenitor. En el Juzgado de lo Social –número 4 de Pontevedra-, la petición de la actora se había estimado parcialmente, y se le había reconocido un descanso de 10 semanas adicionales por nacimiento y cuidado de hijo/a, más la prestación social correspondiente a ese descanso.

En base al art. 193 c) de la LRJS, la entidad gestora demandada, vencida en instancia, alega vulneración de las normas sustantivas y de la jurisprudencia aplicables al caso enjuiciado, en concreto, denuncia infracción, por aplicación indebida, de los artículos 177 y 178 de la LGSS en relación con los artículos 48.4, 48.5 y 48.6 del ET. La beneficiaria demandante, ahora recurrida, impugna el recurso de suplicación, pero no reitera su petición inicial, la de las 16 semanas más de descanso y de prestación –las del inexistente “segundo progenitor”-, sino que se limita a solicitar la confirmación de la sentencia de instancia, esto es, el reconocimiento de 10 semanas.

Con estos antecedentes y en la fecha en la que la Sala gallega le correspondió resolver este conflicto –mayo de 2023-, acababa de ser dictada y publicada la mediática Sentencia del TS de 2 de marzo de 2023 (recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 3972/2020) en la que se zanja el debate en torno al reconocimiento de la doble prestación por nacimiento y cuidado de menor en las familias monoparentales, denegándolo. Reproduciendo *literalmente* sus argumentos, la Sala gallega, sin olvidar que en otras

ocasiones había sostenido una interpretación diferente, procede a resolver el recurso de suplicación. Y de forma sintética, sus argumentos son los siguientes:

En primer lugar, y como argumento principal, la configuración jurídica de la prestación por nacimiento y cuidado de menor en la LGSS y su relación con la institución de la suspensión del contrato de trabajo prevista en el art. 48.4 ET. Para el TS, la estimación de la petición actora supondría el derecho al reconocimiento de una nueva prestación por nacimiento y cuidado del menor, la que le hubiera correspondido al otro progenitor, pero reconocida al solicitante, lo que también producirá efectos en el ámbito de su relación contractual con el empleador, dado que para el disfrute de la prestación solicitada resultaría ineludible la ampliación de la duración de la suspensión del contrato prevista en el artículo 48.4 ET. Más allá de las consecuencias que se producirían en la financiación del Sistema de SS y en las empresas, en cuanto a la organización de su personal, una intervención de esta naturaleza sólo corresponde al legislador, sin que pueda ser suplida a través de resoluciones de jueces y tribunales cuya función jurisdiccional es la aplicación e interpretación de las normas, pero no la creación del derecho.

En segundo lugar, continúa señalando el TS, no existe ninguna norma internacional ni europea que prevea el reconocimiento al único progenitor de una familia monoparental de la prestación por nacimiento y cuidado de menor que le hubiera correspondido al otro progenitor en supuestos en que se trate de una familia monoparental. Y lo mismo se predica respecto de la CE, que tampoco prevé esta situación.

En tercer lugar, señala el TS que no resulta vulnerado un hipotético interés del menor objeto de cuidado, no sólo porque no es el único en juego, sino porque no existe una supuesta transgresión de un teórico derecho del menor de las familias monoparentales a ser cuidado en condiciones de igualdad con respecto a las biparentales. No se olvide que, en las biparentales, la prestación que corresponde al otro progenitor precisa como condición inexcusable su encuadramiento y alta en la Seguridad Social y cubrir un periodo mínimo de carencia. En caso contrario, no se le

concede, de modo que el interés del menor, cuya importancia no se desconoce y se considera de especial relevancia por la Sala, no puede ser el único factor decisivo y determinante en esta cuestión que debemos resolver.

En cuarto y último lugar, la perspectiva de género no ha sido olvidada, ni vulnerada. Por un lado, porque la existencia de las familias monoparentales ha sido considerada por el legislador -182.3 LGSS-. Además, no es la de la demandante el único modelo existente, pues existen múltiples supuestos.

A partir de esta afirmación, se dispone que el hecho de que una mujer trabajadora que forma un hogar monoparental tenga acceso a un solo permiso de duración de cuatro meses no es una forma de discriminación, sino un eventual déficit de protección concreto, querido y consentido por el legislador.

Por todo ello, aun contradiciendo resoluciones anteriores, la Sala del TSJ de Galicia, estima totalmente el recurso de suplicación con desestimación de la demanda rectora de actuaciones, no por ello sin dejar de recordar, haciendo propias afirmaciones del TS, que, en cualquier caso, cuando lo considere oportuno, el legislador puede proceder a una ampliación del permiso por nacimiento y cuidado de menor en las familias monoparentales, trayendo a colación la desestimación de la propuesta de reforma del art. 48.4 ET el siguiente sentido: "en el supuesto de familias monoparentales, la persona trabajadora podrá acumular el tiempo de permiso que correspondería a la otra persona trabajadora si la hubiera". (Diario Oficial del Senado de 8 de febrero de 2023).