

DEREITO DA SEGURIDADE SOCIAL

BELÉN FERNÁNDEZ DOCAMPO
Profesora Titular de Dereito do Traballo e da Seguridade Social
Universidade de Vigo
belendocampo@uvigo.es

Palabras chave: Seguridade Social; maternidade; xubilación.

Palabras clave: Seguridad Social; maternidad; jubilación.

Keywords: Social Security; maternity; retirement.

DOUTRINA XUDICIAL DO TS

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do social) do 22 de febreiro de 2023 (recurso de casación para a unificación de doutrina núm. 4471/2019)

RESUMO: determinación da data de efectos dunha prestación –complemento por mínimos– formulándose unha primeira solicitude, non resolta en prazo e sen interposición de reclamación administrativa previa, e presentada unha nova solicitude con base nos mesmos datos fácticos e xurídicos que é estimada xudicialmente.

NORMAS APLICADAS:

Art. 53.1 LXSS.

ART. 6.9 RD 1170/2015, do 2 de decembro.

Art. 39.3 Lei 39/2015, do 1 de outubro.

A cuestión suscitada no presente recurso de casación para a unificación de doutrina céntrase en determinar a data de efectos económicos dun complemento por mínimos cando

existe unha primeira solicitude que non foi resolta pola entidade xestora, presentándose nova reclamación que conclúe con recoñecemento do complemento, con base nos mesmos datos fácticos e xurídicos que soportaban a primeira. Dende o 17 de maio de 2017, a parte demandante nos presentes autos percibe unha pensión de xubilación recoñecida ao amparo dun convenio bilateral asinado con Venezuela. O 7 de novembro de 2017 presentou declaración de ingresos a fin de que lle fose recoñecido o complemento por mínimos sen que a dita solicitude fose resolta. A posterior reclamación administrativa previa á vía xudicial formulouna o 6 de xuño de 2018 e, posteriormente, demanda no Xulgado do Social, que estimou a pretensión, aínda que recoñeceu como data de efectos a de tres meses anteriores á reclamación previa, isto é, o 6 de marzo de 2018.

Non conforme coa resolución de instancia, a parte demandante interpón o correspondente recurso de suplicación ante a Sala do social do TSX de Galicia que foi integramente desestimado (TSX de Galicia do 26 de setembro de 2019, recurso de suplicación núm. 1933/2019), de aí a presentación do correspondente recurso de casación ante o TS cuxa resolución é obxecto do presente comentario. A desestimación do recurso de suplicación polo TSX de Galicia foi tras aplicar integramente o contido do art. 53.1 LXSS, isto é, a retroacción dos efectos do recoñecemento dunha prestación a partir dos 3 meses anteriores á data na que se presente a solicitude, data que para a Sala de Galicia era a da reclamación previa á vía xudicial da solicitude do complemento por mínimos. Para o TSX, as actuacións do mes de novembro de ano 2017 só tiñan por obxecto a presentación dunha declaración de ingresos a efectos do complemento por mínimos, que non fora atendida, nin reclamada polo demandante, agora recorrente.

Na Sentenza de contraste achegada polo recorrente para a formulación do recurso de casación, TSX de Galicia do 10 de maio de 2019 (recurso de suplicación núm. 359/2019), a Sala galega equiparaba a situación de factor de falta de pagamento dunha pensión co momento da reclamación do complemento a mínimos, e se en ningún dos dous momentos o dereito a reclamar o complemento prescribira, unha vez

recoñecido, os efectos deberán retrotraerse aos 3 meses anteriores dende que se deixou de percibir.

En definitiva, do que se trata no presente recurso é de examinar se ante a solicitude dunha prestación inicialmente denegada, de forma expresa ou presunta, como ocorre no presente caso, pero sen impugnación posterior por parte do beneficiario, a petición se reitera con posterioridade, pero con base nos mesmos datos fácticos e xurídicos que rexían no momento da inicial solicitude, pode outorgarse á segunda resolución eficacia retroactiva con respecto da primeira reclamación, cunha limitación, a saber, que a retroactividade non lesione dereitos ou intereses lexítimos doutras persoas. Para o TS, a doutrina aplicable é a contida no art. 39.3 Lei 39/2015, do 1 de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas (anterior, art. 57.3 Lei 30/1992, do 26 de novembro) e que foi aplicado en distintas sentenzas de casación, entre outras, as seguintes: TS do 1 de febreiro de 2000 (recurso de casación para a unificación de doutrina núm. 3214/1998); 29 de marzo de 2010 (recurso de casación para a unificación de doutrina núm. 1130/2009); 22 de novembro de 2011 (recurso de casación para a unificación de doutrina núm. 4277/2010); 14 de xaneiro de 2014 (recurso de casación para a unificación de doutrina núm. 640/2013); e 19 de novembro de 2014 (recurso de casación para a unificación de doutrina núm. 1221/2013).

Para ese efecto, e como compendio da doutrina contida en todas esas resolucións, sinala o TS na sentenza agora obxecto deste comentario, que, aínda que unha interpretación literal do artigo en cuestión permitiría estar á última solicitude, o contido da norma tampouco exclúe que tal calidade –isto é, o punto de partida– poida igualmente atribuírse a unha reclamación anterior indebidamente denegada, ou polo menos non o fai coa claridade que é esixible para exceptuar a previsión en favor do administrado contida no art. 57.2 da Lei 39/2015, do 1 de outubro. E con maior motivo cando é criterio usual da Sala atender ao principio *prol beneficiario* no suposto de disposicións con dubidoso significado non atendible polos habituais criterios exexéticos. En toda esta argumentación, queda tamén excluída a doutrina que corruxía a retroacción de efectos, por

tratarse dunha argumentación finalista e de equidade, e que só cabía en ausencia de solución expresa do lexislador, polo que esas mesmas consideracións abonan a solución agora adoptada respecto dunha cuestión que non aparece resolta de maneira directa e/ou clara polo lexislador.

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do social) do 17 de maio de 2023 (Recurso de casación para a unificación de doutrina núm. 3821/2022)

RESUMO: o complemento de maternidade por achega demográfica do art. 60 LXSS, redacción orixinal, substituído polo complemento para a redución da fenda de xénero tras a modificación do referido precepto, pode ser obtido por igual por mulleres ou homes que cumpran os requisitos previstos na súa normativa reguladora, sen tomar en consideración a circunstancia de que o outro proxenitor tamén teña ou poida ter dereito á súa percepción.

NORMAS APLICADAS:

Art. 60 LXSS, redacción orixinal.

Art. 60 LXSS, ex RD-lei 3/2021, do 2 de febreiro.

A controversia litixiosa obxecto do presente comentario radica en determinar se o derogado complemento de maternidade por achega demográfica –art. 60 LXSS, redacción 2015- pode gozarse simultaneamente polos dous proxenitores dos mesmos descendentes. Neste caso en particular, o devandito complemento estaba a ser percibido pola nai dende a súa xubilación no ano 2016, pero chegado o mes de maio de 2021, e aínda que xa levaba xubilado dende decembro de 2018, interesa tamén o seu recoñecemento ao pai. A parella tiña en común tres fillos.

O fallo de suplicación (STX de Galicia do 8 de xullo de 2022, recurso de suplicación núm. 1417/2022), contra a que interpón o recurso de casación o INSS, confirmaba a Sentenza de instancia –Xulgado do Social da Coruña-, que si lle recoñecía ese dereito ao solicitante, a pesar de que o complemento xa estaba a ser percibido pola nai. No mesmo sentido pronúnciase o TS, na Sentenza obxecto do presente

comentario, é dicir, en permitir a percepción do citado complemento polos dous proxenitores, sen que o dereito dun deles exclúa o do outro e, por suposto, á marxe do seu sexo. Se se atende á normativa aplicable ao suposto litixioso, o art. 60 LXSS, na súa redacción orixinal, é evidente que o seu contido “literal” non parece xustificar o sentido do fallo do TS. Con todo, tras a lectura e o estudo dos seus fundamentos, non queda máis que confirmar o seu acertado e ecuánime criterio xurídico. Dende logo, no seu sentido tivo moito que ver a doutrina do TXUE, coa sentenza do 12 de decembro de 2019 (asunto C-450/18), ao poñer en evidencia, por discriminatorio, o contido do referido art. 60 LXSS.

Tras a súa introdución pola Lei 48/2015, do 29 de outubro, de orzamentos xerais do Estado, o cualificado como complemento por maternidade por achega demográfica quedaba incorporado á acción protectora da Seguridade Social e tras a súa localización, ese mesmo ano, no texto refundido da LXSS de 2015, o seu réxime xurídico quedaba previsto no seu art. 60. O seu obxectivo último situábase en conseguir unha redución da fenda de xénero nas pensións e con iso abordar unha de tantas innumerables desigualdades e desequilibrios que sufría –e sofre– o colectivo feminino respecto do masculino nas relacións laborais e no sistema de protección social. En particular, tratábase dunha medida deseñada para as mulleres que abandonaban a vida activa e iniciaban a percepción dunha prestación contributiva do sistema da Seguridade Social. E dise expresamente “medida deseñada para as mulleres”, porque só elas aparecían como beneficiarias do referido complemento. En concreto, no seu apartado 1 que dispoñía o seguinte: “Recoñecerase un complemento de pensión, pola súa achega demográfica á Seguridade Social, ás mulleres que tivesen fillos biolóxicos ou adoptados e sexan beneficiarias en calquera réxime do sistema da Seguridade Social de pensións contributivas de xubilación, viuvez ou incapacidade permanente”. Nos outros apartados do precepto, ordenábanse o resto dos requisitos esixidos para a súa percepción. Entre eles, a súa natureza xurídica, número de fillos, porcentaxe do complemento, límites, contía mínima e concorrencia de pensións.

Agora ben, aínda que a súa finalidade era moi loable –reducir

a fenda de xénero nas pensións-, os cuestionamentos acerca da adecuación do contido do precepto á normativa europea pronto saíron á luz, entre eles, como non, o dunha eventual transgresión do principio da non discriminación por razón de sexo. As directivas que se supoñían eventualmente vulneradas, a 79/7/CEE, do 19 de decembro, e a 2006/54, do 5 de xullo. A solución chegou da man da STXUE do 12 de decembro de 2019 (asunto C-450/18) que, efectivamente, declarou que o Dereito da Unión oponse a unha norma que recoñece ás mulleres, nas condicións previstas no precepto español obxecto de exame, un complemento económico no ámbito da Seguridade Social, mentres que o nega aos homes que se atopen en idéntica situación. Entre outras moitas razóns, nos argumentos do fallo europeo obxéctase que o complemento non conteña ningún elemento que estableza unha conexión entre a súa concesión e o previo gozo dun permiso de maternidade ou as desvantaxes que sofre unha muller na súa carreira debido á interrupción da súa actividade durante o período que segue ao parto. En definitiva, que non esixe en ningún lugar que as mulleres deixasen efectivamente de traballar no momento en que tiveron os seus fillos, co que se podería beneficiar, tamén, calquera muller que dese a luz antes de acceder ao mercado laboral. Por tanto, non se xustifica que non se recoñeza aos homes que tivesen descendentes.

A referida doutrina comunitaria foi aplicada polos órganos xurisdiccionais españois en non poucas ocasións, entre outras, poden citarse as seguintes sentenzas de suplicación: TSX Castela e León (Valladolid) 23 decembro 2020 e 15 setembro 2021 (recurso de suplicación núm. 1881/2020 e 668/2021); TSX Galicia 11 maio 2021 (recurso de suplicación núm. 3745/2020); TSX Madrid 29 outubro 2021 (recurso de suplicación núm. 539/2021); e TSX Castela e León (Burgos) 10 novembro 2021 (recurso de suplicación núm. 465/2021). Unha das cuestións máis debatidas era a data de efectos da Sentenza europea, cuestión xa comentada no número anterior desta sección da RGDS.

E así se chegou á aprobación do RD-Lei 3/2021, do 2 de febreiro, que derogou, por discriminatorio o aludido “complemento por maternidade” ordenando, no seu lugar, e

tamén no art. 60 LXSS, o agora bautizado como “complemento de pensións contributivas para a redución da fenda de xénero”, que, entre outras moitas novidades, deu entrada á posibilidade de que o complemento o percibisen os “homes” –así se prevé no segundo parágrafo da nova redacción do art. 60.1 LXSS–, sempre que concorresen algunha das seguintes razóns xustificativas: a primeira, causar unha pensión de viuvez por falecemento do outro proxenitor –en alusión á nai- polos fillos ou fillas en común. A segunda, interromper ou ver afectada a súa carreira profesional con ocasión do nacemento ou adopción do fillo ou fillos. Iso si, a percepción do novo complemento por parte do segundo proxenitor –que ademais dun home, pode ser outra muller, segundo o propio art. 60.1 LXSS– exclúe, sempre e en todo caso, o da nai. É obvio, cando se trata de complementar a pensión de viuvez. Pero tamén nos demais supostos nos que permite a solicitude ao outro proxenitor, pois así se indica expresamente na norma: “o recoñecemento do complemento ao segundo proxenitor supoñerá a extinción do complemento xa recoñecido ao primeiro proxenitor e producirá efectos económicos o primeiro día do mes seguinte ao da resolución (...). Antes de ditar a resolución recoñecendo o dereito ao segundo proxenitor darase audiencia ao que viñese percibindo o complemento”. Por outra banda, como cuestión indubitada da nova ordenación, hai que referir a súa data de efectos, sinalando expresamente a norma de urxencia que o novo complemento recoñecerase ás pensións causadas a partir da entrada en vigor do RD-lei 3/2021, do 2 de febreiro, isto é o 4 de febreiro de 2021 (v. disp. adic. primeira e disp. final terceira do RD-Lei 3/2021, do 2 de febreiro).

En fin, como recapitulación sintetizada de toda esta ordenación, procede dar conta do seguinte:

Ano 2015, mes de outubro, regulación dun complemento de prestacións da Seguridade Social, de titularidade exclusivamente feminina, declarado contrario ao dereito comunitario por discriminatorio, dando entrada, por tanto, á súa percepción, ademais, por país, na forma en que determinen os tribunais.

Ano 2021, mes de febreiro, reordenación do devandito

complemento, permitindo a súa percepción ao segundo proxenitor, pero excluíndo, entón, ao primeiro, e sempre que concorran naquel –no segundo proxenitor– unha serie de condicionantes, entre eles, interromper ou ver afectada a súa carreira profesional polo nacemento e coidado dos fillos. Iso si, a nova normativa só vai ser aplicable ás pensións causadas a partir da súa entrada en vigor, isto é, o mes de marzo de 2021.

No mes de abril de 2021 ten lugar a reclamación do solicitante –pai home–, demandante nos presentes autos, en relación coa súa pensión de xubilación causada no ano 2016, estando xa a percibir o complemento a nai. O que solicita é o complemento por achega demográfica do art. 60 LXSS 2015 e non o complemento de fenda de xénero do art. 60 LXSS 2021. Naturalmente que o complemento por achega demográfica do art. 60 LXSS 2015 é tamén o que está a percibir a nai dos descendentes. E a dita petición, a do pai, foi estimada pola Sala do social do TS, que coa devandita estimación rexeita o recurso presentado polo INSS.

Dende logo, a pouco que se reflexione sobre o sentido do fallo, non é difícil vaticinar unha sentenza certamente interesante, pois parece ir en contra da normativa aplicable, o art. 60 LXSS, non só na súa redacción posterior ao RD-Lei 3/2021, do 2 de febreiro, senón tamén, e con máis razón, á anterior. De aí a súa elección para o presente comentario.

En efecto, o TS confirma a Sentenza de suplicación do TSX de Galicia e recoñece ao solicitante –pai– o seu dereito a percibir o complemento de maternidade por achega demográfica sen que a percepción do outro proxenitor, a nai, limite o seu dereito. Iso si, unha vez recoñecido o dereito, isto é, o complemento, os seus efectos produciranse a partir dos tres meses anteriores á data en que se presentou a correspondente solicitude, tal e como ordena o art. 53.1 LXSS. Para argumentar esta doutrina, o TS parte de algo moi básico, pero fundamental, cando se trata de identificar a normativa aplicable á hora de recoñecer e calcular unha prestación da Seguridade Social, que é a fixación do “momento do feito causante”. Sen que iso permita obviar a doutrina comunitaria, en concreto, aplicando a non discriminación.

Unha vez aclarado, por tanto, que o que procede é a aplicación do art. 60 LXSS na súa redacción de 2015, o que corresponde a continuación é interpretalo á luz da STSX de 2019, que esixe que se aplique e recoñeza o complemento con independencia de quen o solicite, muller e home, iso si, sempre que sexan nai ou pai, respectivamente. Unha vez recoñecido a un deles, excluír ao outro carece de todo soporte legal, pois non se corresponde co teor do precepto e comporta unha extralimitación desa tarefa. Se se concedese o complemento soamente a un proxenitor e se recoñecese primeiro ao pai, que se xubilou con anterioridade, denegárase á nai, xubilada posteriormente.

De novo o TS, ao confirmar a Sentenza de suplicación, ratifica o acordado criterio da Sala do social do TSX de Galicia que, unha vez máis, resolvera con argumentos xurídicos de peso unha eventual vulneración do principio de igualdade por razón de sexo, pero esta vez por discriminación do sexo masculino.

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do social) do 29 de xuño de 2023 (Recurso de casación para a unificación de doutrina núm. 2301/2020)

RESUMO: determinación da repartición de responsabilidades entre o INSS e a Mutua no pago da prestación de IP derivada de enfermidade profesional, cando o beneficiario cotizou ao réxime xeral e ao RETA, no que non optou polo aseguramento voluntario das continxencias profesionais, na etapa na que non era obrigatorio. O TS conclúe que unicamente se han de ter en conta os períodos traballados por conta allea.

NORMAS APLICADAS:

RD 1273/2003, do 10 de outubro.

Segundo consta na sentenza que agora se comenta, o traballador prestara servizos como canteiro por conta allea dende xullo de 1985 ata o 10 de outubro de 2018, aínda que no período que transcorre dende agosto do 1991 ata xaneiro de 2017 estivo no réxime especial de traballadores autónomos (RETA), sen que conste opción pola cobertura do

subsídio de IT nin por continxencias profesionais. Unha vez que retoma a súa actividade por conta allea, 30 de xaneiro de 2017 ata o 10 de outubro de 2018, a súa prestación de servizos como traballador dependente foi para unha empresa que tiña concertadas as continxencias profesionais coa Mutua Fraternidade. No mes de novembro dese ano 2018 o traballador foi declarado en situación de IP total derivada de enfermidade profesional, condenándose ao INSS e á Mutua, en diferentes porcentaxes, ao pago da correspondente prestación.

O debate céntrase en determinar a porcentaxe de responsabilidade no pago da referida pensión de IP que corresponde á entidade xestora -INSS- e á entidade colaboradora -Mutua Fraternidade-, ás que, respectivamente cotizaron as distintas empresas para a que prestou servizos como canteiro o beneficiario da pensión. E o conflito xorde porque por mor do período temporal -dende agosto do 1991 ata xaneiro de 2017- no que o traballador estivo no RETA e sen cotizar por continxencias profesionais, as aludidas entidades, a xestora e a colaboradora, fan un cómputo diferente do período total de referencia a ter en conta, para calcular a súa porcentaxe de responsabilidade.

Para a entidade colaboradora -Mutua Fraternidade-, no devandito período de referencia, hai que considerar, non só o tempo transcorrido como traballador por conta allea, senón tamén o período no que o pensionista estivo de alta no RETA, tendo en conta que é o INSS, en canto sucesor do Fondo Compensador de Accidentes de Traballo e Enfermidades Profesionais, o que recibía as cotizacións pola súa actividade como autónomo. Polo menos, ata o 1 de xaneiro de 2004, pois ata ese momento non existía no RETA a posibilidade de asegurar as continxencias profesionais. De acordo con esta argumentación ao INSS corresponderíalle asumir un 94,34% da pensión polos 10.320 días que, ata o 31 de xaneiro de 2016, o traballador estivo a prestar servizos como traballador por conta allea e propia e á Mutua, o 5,66% restante polos 619 días que prestou servizos a unha empresa que cotizaba á devandita entidade colaboradora.

En cambio, para o INSS, o período de referencia a ter en conta para calcular a súa cota de responsabilidade,

comprenderá, exclusivamente, os períodos durante os cales o traballador cotizou como traballador por conta allea. Isto é, dende xullo do 1985 ata agosto de 1991 e dende o 30 de xaneiro de 2017 ata o 10 de outubro de 2018. Tendo en conta tales períodos, a súa cota de responsabilidade no pago da pensión de incapacidade sería do 81,06% do total, respondendo a Mutua nun 19,94%.

A Sala do social do TSX de Galicia do 26 de xuño de 2020 (recurso de suplicación núm. 5938/2019) á hora de resolver o conflito que lle foi exposto e asumindo o criterio do INSS, teno meridianamente claro: os períodos en que o traballador estivo no RETA non se poden ter en conta, por unha banda, porque ata o 1 de xaneiro de 2004 non existía neste Réxime a posibilidade de asegurar as continxencias profesionais e porque a partir desa data, o traballador non procedeu, tampouco, a mellorar voluntariamente a súa acción protectora, incorporando as continxencias por enfermidade profesional e accidente de traballo, non recibindo o INSS, en canto sucesor do Fondo Compensador de Accidentes de Traballo e Enfermidades Profesionais, cotización ningunha pola actividade como autónomo. É máis, polo dito período – o do RETA–, nin o INSS nin a Mutua deben responder, pois ningunha das dúas entidades recibiu cotización ningunha por continxencia profesionais.

Contra a formulación da Sala galega, a Mutua interpón o correspondente recurso de casación para a unificación de doutrina, pois existe unha Sentenza de suplicación contraditoria (STX de Xustiza de Andalucía (Selecta) do 20 de setembro de 2018 (recurso de suplicación núm. 108/2018), que achega, e que, contrariamente á doutrina da Sala galega, si ten en conta o período no RETA anterior ao 1 de xaneiro de 2004, e a dita inclusión farase a cargo do INSS, porque é esta entidade a que debe responder subsidiariamente polo Fondo de Compensación aínda que fose un período de actividade como autónomo e sen previsión legal de cobertura de continxencias profesionais. Iso si, quedan excluídos os períodos que estivo no RETA a partir de 1 de xaneiro de 2004.

A solución da contradición formulada leva ao TS a facer un superficial repaso da creación e finalidade do Fondo de

Compensación de Seguro, así como do réxime xurídico do RETA, en particular, todo o relativo a cotizacións e cobertura, para traer a colación a doutrina do TC na que se recoñece que a “existencia de normas diversas para os distintos réximes da Seguridade Social nin constitúe un suposto de discriminación, nin é contraria ao principio de igualdade, porque a existencia desas diferenzas é unha consecuencia da organización pluralista profesional da cobertura que atende as características de cada grupo -financeiras, contributivas, profesionais e de actividade- dentro de opcións xerais de articulación”.

Á vista de toda a regulación, continúa sinalando o TS, é evidente que non se pode dicir que no período anterior ao 1 de xaneiro de 2004, momento en que se amplía a acción protectora do RETA coas continxencias profesionais, o Fondo Compensador do Seguro de Accidentes de Traballo e Enfermidades Profesionais, tivese que atender as continxencias profesionais dos traballadores autónomos cando ese fondo non se nutría de cotización ou prima ningunha por parte dos devanditos traballadores que, por tanto, carecían dunha específica protección de continxencias profesionais que tivese que ser cuberta por aquel Fondo.

A referida doutrina aplicada ao caso exposto, leva ao TS a determinar que o período que é obxecto de debate neste momento e que, como se indicou, queda cinguido ao anterior ao 1 de xaneiro de 2004, non é posible que poida integrar a repartición de responsabilidades que poidan ter as entidades que deben responder das continxencias profesionais, tal como entendeu a sentenza recorrida e non a de contraste. E iso porque á vista de toda a regulación que foi analizada, non se pode dicir que o Fondo Compensador do Seguro de Accidentes de Traballo e Enfermidades Profesionais tivese que atender as continxencias profesionais dos traballadores autónomos cando ese fondo non se nutría de cotización ou prima ningunha por parte dos devanditos traballadores que, por tanto, carecían dunha específica protección de continxencias profesionais que tivese que ser cuberta por aquel Fondo. E menos aínda no período posterior, a partir do 1 de xaneiro de 2004, no que o traballador non procedeu, tampouco, a mellorar voluntariamente a acción protectora

incorporando as continxencias por enfermidade profesional e accidente de traballo, non recibindo o INSS, en canto sucesor do Fondo Compensador de Accidentes de Traballo e Enfermidades Profesionais, cotización ningunha pola actividade como autónomo.

DOUTRINA XUDICIAL DO TSX DE GALICIA

Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (Sala do social) do 12 de maio de 2023 (recurso de suplicación núm. 5565/2022)

RESUMO: non procede o recoñecemento ao único proxenitor dunha familia monoparental da prestación por nacemento e coidado de menor que lle correspondese ao outro proxenitor en supostos nos que xa se lle recoñeceu a dita prestación como titular, ao non resultar unha esixencia que derive nin da CE, nin de ningunha norma da UE, nin de ningún acordo ou tratado internacional ratificado por España.

NORMAS APLICADAS:

Arts. 177 e 178 LXSS.

Arts. 48.4, 48.5 e 48.6 ET.

A presente resolución, ditada pola Sala do social do TSX de Galicia o 12 de maio de 2023, estima integramente o recurso de suplicación interposto pola entidade xestora das prestacións da Seguridade Social –INSS–, e rexeita na súa totalidade a petición da parte demandante –a nai traballadora– que solicitara a ampliación da prestación por nacemento e coidado de menor en 16 semanas máis das que lle correspondían a ela individualmente, por tratarse dunha familia monoparental, por tanto, para engadilo como permiso de segundo proxenitor. No Xulgado do Social –número 4 de Pontevedra–, a petición da demandante estimouse parcialmente, e recoñecéuselle un descanso de 10 semanas adicionais por nacemento e coidado de fillo/a, máis a prestación social correspondente a ese descanso.

Con base no art. 193 c) da LRXS, a entidade xestora demandada, vencida en instancia, alega vulneración das

normas substantivas e da xurisprudencia aplicables ao caso axuizado, en concreto, denuncia infracción, por aplicación indebida, dos artigos 177 e 178 da LXSS en relación cos artigos 48.4, 48.5 e 48.6 do ET. A beneficiaria demandante, agora recorrida, impugna o recurso de suplicación, pero non reitera a súa petición inicial, a das 16 semanas máis de descanso e de prestación –as do inexistente “segundo proxenitor”–, senón que se limita a solicitar a confirmación da sentenza de instancia, isto é, o recoñecemento de 10 semanas.

Con estes antecedentes e na data na que a Sala galega correspondeulle resolver este conflito –maio de 2023–, acababa de ser ditada e publicada a mediática Sentenza do TS do 2 de marzo de 2023 (recurso de casación para a unificación de doutrina núm. 3972/2020) na que se resolve o debate en torno ao recoñecemento da dobre prestación por nacemento e coidado de menor nas familias monoparentais, denegándoo. Reproducindo *literalmente* os seus argumentos, a Sala galega, sen esquecer que noutras ocasións sostivera unha interpretación diferente, procede a resolver o recurso de suplicación. E de forma sintética, os seus argumentos son os seguintes:

En primeiro lugar, e como argumento principal, a configuración xurídica da prestación por nacemento e coidado de menor na LXSS e a súa relación coa institución da suspensión do contrato de traballo prevista no art. 48.4 ET. Para o TS, a estimación da petición da demandante supoñería o dereito ao recoñecemento dunha nova prestación por nacemento e coidado do menor, a que lle correspondese ao outro proxenitor, pero recoñecida ao solicitante, o que tamén producirá efectos no ámbito da súa relación contractual co empregador, dado que para o gozo da prestación solicitada resultaría ineludible a ampliación da duración da suspensión do contrato prevista no artigo 48.4 ET. Máis aló das consecuencias que se producirían no financiamento do Sistema de SS e nas empresas, en canto á organización do seu persoal, unha intervención desta natureza só corresponde ao lexislador, sen que poida ser suplida a través de resolucións de xuíces e tribunais cuxa función xurisdiccional é a aplicación e interpretación das normas, pero non a

creación do dereito.

En segundo lugar, continúa sinalando o TS, non existe ningunha norma internacional nin europea que prevexa o recoñecemento ao único proxenitor dunha familia monoparental da prestación por nacemento e coidado de menor que lle correspondese ao outro proxenitor en supostos en que se trate dunha familia monoparental. E o mesmo predícase respecto da CE, que tampouco prevé esta situación.

En terceiro lugar, sinala o TS que non resulta vulnerado un hipotético interese do menor obxecto de coidado, non só porque non é o único en xogo, senón porque non existe unha suposta transgresión dun teórico dereito do menor das familias monoparentais a ser coidado en condicións de igualdade con respecto ás biparentais. Non se esqueza que, nas biparentais, a prestación que corresponde ao outro proxenitor precisa como condición inescusable o seu encadramento e alta na Seguridade Social e cubrir un período mínimo de carencia. En caso contrario, non se lle concede, de modo que o interese do menor, cuxa importancia non se descoñece e se considera de especial relevancia pola Sala, non pode ser o único factor decisivo e determinante nesta cuestión que debemos resolver.

En cuarto e último lugar, a perspectiva de xénero non foi esquecida, nin vulnerada. Por unha banda, porque a existencia das familias monoparentais foi considerada polo lexislador -182.3 LXSS-. Ademais, non é a da demandante o único modelo existente, pois existen múltiples supostos. A partir desta afirmación, dispónse que o feito de que unha muller traballadora que forma un fogar **monoparental** teña acceso a un só permiso de duración de catro meses non é unha forma de **discriminación, senón** un eventual déficit de protección concreto, querido e consentido polo lexislador. Por todo iso, aínda contradicindo resolucións anteriores, a Sala do TSX de Galicia, estima totalmente o recurso de suplicación con desestimación da demanda reitor de actuacións, non por iso sen deixar de lembrar, facendo propias as afirmacións do TS, que, en calquera caso, cando o considere oportuno, o lexislador pode proceder a unha ampliación do permiso por nacemento e coidado de menor

nas familias monoparentais, traendo a colación a desestimación da proposta de reforma do art. 48.4 ET no seguinte sentido: "no suposto de familias monoparentais, a persoa traballadora poderá acumular o tempo de permiso que correspondería á outra persoa traballadora se a houbese". (Diario Oficial do Senado do 8 de febreiro de 2023).