

LAS FAMILIAS “MONOMARENTALES” Y DURACIÓN DE LA PRESTACIÓN POR NACIMIENTO Y CUIDADO DE MENOR: ¿UNA OPORTUNIDAD PERDIDA?

*Sentencia Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 2 de marzo de 2023
ECLI:ES:TS:2023:783*

JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS Y ROCÍO MONCADA GARCÍA*

SUPUESTO DE HECHO: Una trabajadora que conforma una familia monoparental reclama a la entidad gestora la ampliación de la prestación en las 8 semanas que le corresponderían al otro progenitor en caso de existir, la suspensión del contrato de trabajo y la correspondiente prestación por nacimiento y cuidado de menor que ya tenía reconocida. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de País Vasco número 1217/2020, de 6 de octubre, reconoce el derecho en contra de lo dictado por otras Salas lo que lleva al Ministerio Fiscal a formalizar recurso de casación para la unificación de doctrina.

RESUMEN: El Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo zanja en vía ordinaria el debate generado en las salas de los Tribunales Superiores de Justicia y Juzgados de lo Social referente a la posibilidad de las familias monoparentales de ampliar o acumular a la prestación por nacimiento y cuidado de menor que ya tenían reconocida, aquella que le correspondería al otro progenitor en caso de existir. Desestima el Alto Tribunal tal pretensión al no estar contemplada en la normativa vigente, normativa que cumple, dirá en su sentencia, con las exigencias derivadas de la Constitución y Derecho de la Unión Europea y acuerdos y tratados internacionales de aplicación y cuyo alcance y contenido, así como la protección que debe dispensarse a este tipo de familias, corresponde determinarlo al legislador, siendo la Seguridad Social una función del Estado.

* Catedrático y Profesora Sustituta Interina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad, respectivamente.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LA PRESTACIÓN POR NACIMIENTO Y CUIDADO DE MENOR TRAS LA APROBACIÓN DEL REAL DECRETO-LEY 6/2019, DE 1 DE MARZO, DE MEDIDAS URGENTES PARA GARANTÍA DE LA IGUALDAD DE TRATO Y DE OPORTUNIDADES ENTRE MUJERES Y HOMBRES EN EL EMPLEO Y LA OCUPACIÓN
3. SUPUESTO DE HECHO ANALIZADO Y CUESTIÓN CONTROVERTIDA
4. SOBRE LA POSIBILIDAD DE ACUMULAR PERIODOS DE DESCANSO PARA CUIDADOS DEL MENOR EN CASO DE “MONOMARENTALIDAD”: LA RECIENTE DOCTRINA DEL TS AL RESPECTO
 - 4.1. De la denegación por el TS de la pretensión solicitada
 - 4.2. De los argumentos del Tribunal Supremo
5. DE LOS VOTOS PARTICULARES
6. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

Según el INE en 2020 el número de familias monomarentales en España fue de 1.944.800 hogares, de los cuales el 81,35% correspondía a familias encabezadas por una mujer y el resto por hombres¹.

De los 18.754.800 hogares, unidades familiares de más de una persona lo componen 12.066.700 hogares, y de ellos, el 16,11% son familias monomarentales. Tipos de familias que, por cierto, junto con los hogares de mayores de 65 años que viven solos, son los que más crecen en comparación con el año anterior (un 3%)².

Los avances en materia de igualdad entre mujeres y hombres, tras casi 45 años de Constitución española y de su fundamental derecho o principio de igualdad entre mujeres y hombres consagrados en su art. 14, no se han cumplido. Especialmente, cuando como se denota con la demoledora estadística con la que comienza esta introducción los problemas de conciliación con la vida personal, familiar y laboral siguen siendo notoriamente “cosa de mujeres”.

La Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres dio un paso importante en el intento de prevención de las conductas discriminatorias y en la previsión de políticas activas para hacer efectivo el principio de igualdad, de hecho, el art. 44 de dicha norma pretende una asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores y trabajadoras. Y es que las responsabilidades familiares son riesgos sociales porque el cuidado a la familia, además de conllevar una carga económica supone la dedicación de un tiempo que ha de restarse a la actividad

¹ <https://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?path=/t20/p274/serie/prov/p01/10/&file=01017.px>

² https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176952&menu=ultiDatos&idp=1254735572981#:~:text=El%20n%C3%BAmero%20medio%20de%20hogares,y%20alcanz%C3%B3%20los%2018.754.800.

laboral o profesional, lo que da lugar a un defecto o reducción de los ingresos si quiere conseguirse la conciliación de la vida familiar con la laboral³. Aunque, desafortunadamente, esta norma ha tenido un resultado discreto o poco importante. Por ello, doce años más tarde, el RD-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, en adelante, RD-ley 6/2019, reconociendo la necesidad de reimpulsar medidas que garantizaran la efectividad de la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación “en tanto persisten unas desigualdades intolerables en las condiciones laborales”, igualó el descanso de los progenitores con la idea de erradicar toda discriminación directa o indirecta, por razón de sexo, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil.

Creemos que, con el marco normativo actual, la interpretación de la normativa ha de entender como contrarias al derecho a la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres, entre otras, las discriminaciones directas e indirectas y la discriminación por el embarazo, la maternidad, la asunción de obligaciones familiares o el ejercicio de los derechos de corresponsabilidad de la vida personal, familiar y laboral. Y es que el art. 14 CE concreta la igualdad como un valor superior del ordenamiento en un verdadero derecho fundamental vinculante que adquiere un contenido propio ya que en un Estado social y democrático de Derecho, como el que establece nuestra CE, el derecho a la igualdad no consiste meramente en una exigencia formal de trato equitativo, sino en una exigencia material de tutela que garantice la efectividad sustancial de la igualdad entre los individuos y los grupos, y que remueva los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud (art. 9.2 CE).

La protección por nacimiento y cuidado del menor, prevista en la LGSS, se vincula íntimamente con la regulación laboral establecida en el ET (y también para los empleados públicos en el EBEP). El art. 48.4 ET tiene una redacción pensada en la corresponsabilidad entre los progenitores, estableciendo una suspensión del contrato de trabajo tanto para la madre biológica como para el otro progenitor de 16 semanas⁴ para cada uno. La igualación de la duración del descanso o suspensión de contrato por nacimiento de hijo⁵ se adopta en la consideración de que ambos progenitores lleven adelante un reparto equilibrado de las tareas de crianza, en sus momentos iniciales, pero también del resto de tareas que conllevan las responsabilidades familiares y domésticas que permitan distribuir de una manera justa y equitativa los tiempos de vida de ambos progenitores.

Cierto es que ni el ET ni la LGSS contemplan la monoparentalidad en estas situaciones de forma directa, más aún el artículo 23.3 del RD 295/2009, de 6

³ En sentido parecido, por todos, Gorelli Hernández, J., en “Problemática aseguradora de la familia”, en AAVV, Dir. Ojeda Avilés, *Los retos de la Seguridad Social*, MTAS, Madrid, 2005, pág. 74.

⁴ Semanas que pueden ampliarse en caso de parto múltiple, hijos discapacitados o en los casos de partos prematuros con determinadas condiciones.

⁵ También en casos de adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento.

de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural impide la acumulación de las anteriores prestaciones por maternidad y paternidad en los casos en que existe un solo progenitor, adoptante o acogedor. Pero ha de tenerse en cuenta que la interpretación de las normas jurídicas, ex art. 3 CC, han de procurar no solo tener en cuenta el sentido propio de sus palabras o criterio literal, sino también la relación con el contexto normativo (no solo interno sino también internacional), los antecedentes legislativos, la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo al espíritu y finalidad de las normas (el llamado criterio teleológico). Evidentemente, la interpretación jurídica pretende averiguar el sentido con el que se ha dictado la norma en función del resultado ordenador de la vida social que afecta en su regulación.

Una cuestión importante que se entrecruza en esta materia es que las prestaciones por nacimiento tienen como objeto final la protección y cuidado del menor. La sala de lo social del TS ha tenido en cuenta este hecho para la concesión de prestaciones por maternidad en otros supuestos⁶, en los que ha primado en la interpretación de las normas sobre maternidad (léase, nacimiento de hijo) el principio general del interés superior del menor que se integra en el núcleo familiar con el progenitor o progenitores que le prestan atención y cuidados parentales, conforme a lo establecido en el art. 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y al mandato del art. 39 CE, relativo a la protección a la familia y a la infancia, designio que ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda exegética, así como de acuerdo a la “realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquella” (art. 3.1 CC). Y ello porque, no ha de olvidarse lo fundamental, la prestación por nacimiento de hijo constituye un medio idóneo para preservar las especiales relaciones que median entre el o los progenitores durante el período posterior al nacimiento. Lo cual es más importante en una familia monomarental que necesita de mayores apoyos por tal motivo (y frente a las cuales se encuentran de forma mayoritaria, madres).

⁶ Supuestos de maternidad subrogada desde las SSTS sala 4ª/Pleno de 25 octubre 2016 y 16 noviembre 2016 y otras muchas de 2017: SSTS de 22, 29 y 30 de noviembre y 14 de diciembre.

2. LA PRESTACIÓN POR NACIMIENTO Y CUIDADO DE MENOR TRAS LA APROBACIÓN DEL REAL DECRETO-LEY 6/2019, DE 1 DE MARZO, DE MEDIDAS URGENTES PARA GARANTÍA DE LA IGUALDAD DE TRATO Y DE OPORTUNIDADES ENTRE MUJERES Y HOMBRES EN EL EMPLEO Y LA OCUPACIÓN⁷

Sin tener este apartado pretensión de ser un análisis exhaustivo de la evolución de las prestaciones por maternidad y paternidad en nuestro ordenamiento, sí consideramos interesante realizar un acercamiento a las finalidades que con las mismas se persiguen de cara a poder afrontar el tema que aquí se debate.

Podría decirse o concretarse que, siguiendo la doctrina de los Tribunales⁸, las finalidades que se perseguirían con la prestación por nacimiento y cuidado de menor son tres:

- Finalidad específica y exclusiva de la madre biológica de protección de su salud en las seis semanas posteriores al parto.
- Atención y cuidado del menor de doce meses.
- Promoción de la plena igualdad entre sexos y ejercicio corresponsable de los deberes de atención y cuidado.

Además, con la entrada en vigor del RDL 6/2019 y de la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio se incorpora como finalidad primordial de la prestación, íntimamente ligada a la atención y cuidado del menor, la corresponsabilidad en el ejercicio de dichas obligaciones⁹.

⁷ Una STC de marzo de 2023, referenciada en diversos medios de comunicación pero en el momento actual no publicada, rechaza el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por los representantes del Partido Popular contra el RD-ley 6 /2019.

⁸ Vid, por todas, STSJ Cataluña 6389/2022, de 29 de noviembre.

⁹ A este respecto, indica Ballester Pastor, M.A., en “El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol”, *Femeris*, Vol.4, No 2, 2019, pp. 26, doi: <https://doi.org/10.20318/femeris.2019.4763>: “La equiparación en la duración de los antiguos permisos de maternidad y paternidad tiene, como se sabe, una función estricta de fomento del reparto de responsabilidades. Por ello si no se disfruta se pierde. Esta es la razón por la que no tiene carácter transferible. Bajo esta concepción, que es la única que justifica la figura, la función del cuidado del menor es secundaria. El cambio de nombre a “permiso de nacimiento” que realiza el RDL 6/2019 es discutible precisamente por esta razón: si se hiciera expresa referencia al permiso de “paternidad” (que, por cierto, es la terminología mayoritaria en los países de la Unión Europea y es también la terminología usada en la propuesta de Directiva de 2017) se reforzaría su función de promoción de la corresponsabilidad. El cambio terminológico a “permiso de nacimiento” del RDL da una falsa (o, al menos, confusa) sensación de que su función primordial es el cuidado, aunque insista en su carácter intransferible. No puede olvidarse que las normas deben elaborarse pensando también en quienes podrían encargarse de legislar y gobernar con posterioridad, y cabe la posibilidad de que éstos carezcan de las mismas convicciones de quienes las hicieron. Si no se refuerza el término “paternidad” nada impide que posteriores Gobiernos, no tan conscientes de la cuestión corresponsabilizadora, eliminen sin planteárselo la referencia a la intransferibilidad considerando que el bien principal es el cuidado del menor. De este modo, el “permiso de nacimiento” terminaría siendo “disfrutado” en su totalidad por

De otro lado, la sentencia del Tribunal Constitucional, en adelante, TC, número 111/2018, de 17 de octubre¹⁰, indicará que en el caso de la madre, la “finalidad primordial” que persigue desde siempre el legislador al establecer el descanso y correspondiente prestación por maternidad es la protección de la salud de la mujer trabajadora, “preservar la salud de la mujer ante un hecho biológico singular, considerando que su reincorporación inmediata al puesto de trabajo tras el alumbramiento puede ser perjudicial para su completa recuperación; lo que hace compatible esa protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora con la conservación de sus derechos laborales. Se trata pues de una exigencia, derivada del art. 39.2 CE, de preservar la salud de la mujer trabajadora durante su embarazo y después de este y, por otra parte, de proteger las particulares relaciones entre la madre y su hijo durante el período de puerperio”. Evidentemente es importante la protección de la salud de la madre, pero también la protección del menor, ya que necesita de especiales cuidados y atenciones¹¹.

En relación con el permiso por paternidad, reconocido en nuestro ordenamiento desde 2007, tiene para el TC una finalidad distinta, “favorecer la conciliación de

las madres, lo que empeoraría considerablemente su situación laboral respecto a la actual ...”; STSJ de Madrid 584/2022, de 17 de junio, FD 2º: “La reforma operada supuso un cambio de paradigma que propició que frente al entendimiento por la doctrina constitucional del permiso de maternidad, y del correspondiente subsidio de Seguridad Social, como una medida orientada a preservar la salud de la trabajadora durante el puerperio sin detrimento de sus derechos laborales, y a su consideración por la jurisprudencia social como un instituto que cumplía la doble función de atender a la recuperación, seguridad y salud de la madre y proteger las especiales relaciones entre la madre y el hijo en el período posterior al nacimiento, se haya pasado a una concepción más moderna y adaptada a la actual realidad social, en la que el permiso y la consiguiente prestación están orientados a la consecución de un triple objetivo: 1º) estimular cambios en la cultura familiar y fomentar un reparto más equilibrado de las responsabilidades en el cuidado de los hijos; 2º) compensar las dificultades y desventajas reales que soportan las mujeres trabajadoras por asumir en mayor medida el cuidado de los hijos de corta edad, y enfrentarse por ello a mayores problemas en su promoción e igualdad sustancial en el ámbito laboral; c) con carácter prioritario y fundamental, tal y como el propio nombre de la prestación indica, favorecer que durante sus primeros meses de vida el recién nacido pueda recibir atención y cuidado a tiempo completo por parte de sus progenitores, evitando que la acumulación de cargas que deriva del ejercicio simultáneo de la actividad laboral dificulte el logro de esa finalidad, así como que los padres trabajadores puedan estrechar los lazos con el menor en una etapa crucial para su desarrollo integral.”

¹⁰ Sentencia en la que se analiza si la diferente duración entre el permiso y la prestación por paternidad inferior a la del permiso y la prestación por maternidad es contraria al art. 14 CE. Cuestión que se descarta en base a las diferentes finalidades de dichas prestaciones.; En STSJ Cataluña 6389/2022, de 29 de noviembre FD 2º se indicará, en relación con la STC 111/2018 de 17 de octubre, “Ahora bien, tales pronunciamientos se producen con un contexto normativo anterior a la entrada en vigor del RDL 6/2019 y de la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio...”.

¹¹ Véase voto particular emitido por las Magistradas Arellano Martínez y Poyatos i Matas a la STSJ de Islas Canarias 105/2023, de 24 de enero de 2023: “... La regulación protege tanto los intereses de la madre al cuidado de su salud y los del otro progenitor (en caso de concurrir), para favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, fomentando la corresponsabilidad de madres y padres en el cuidado de los hijos comunes, y también, los del menor.”.

la vida personal, familiar y laboral, fomentando la corresponsabilidad de madres y padres en el cuidado de los hijos comunes”.

En esta línea, el Tribunal Supremo indicará entre otras, en su STS número 602/2022, de 5 de julio de 2022¹², apoyándose en la doctrina del TC al respecto, que las finalidades, no exclusivas, pero sí primordiales de lo que anteriormente se denominaban suspensión y prestación por maternidad y por paternidad son diversas. “En el caso de la suspensión y prestación por maternidad se trata de recuperar y proteger la salud de la madre biológica, mientras que en el caso del progenitor distinto de ella se trata de fomentar su corresponsabilidad en el cuidado del hijo¹³.”

Esa misma sentencia recoge un voto particular formulado por la Magistrada Virolés Piñol, y aunque el caso no es como el aquí debatido, en lo que nos interesa, recoge que “No obstante ello, la STC no parte al referirse a la maternidad y a la paternidad de situaciones totalmente diferentes, sino solo en parte, en cuanto que utiliza repetidamente la expresión ‘finalidad primordial’ del descanso y prestación por maternidad, lo cual evidencia que no tiene una única finalidad. Claramente, la prestación de maternidad comprende una fase en la que el fin principal es el de preservar la salud de la trabajadora, y otra, compartida plenamente con la prestación y descanso por paternidad, de promover la conciliación de la vida personal, familiar y laboral...”.

Como podemos observar, las finalidades que se persiguen con el permiso por nacimiento y cuidado del menor son diversas y se entrecruzan. Desde la protección de la salud de la madre biológica durante los primeros meses de vida, la conciliación de la vida familiar y laboral y la corresponsabilidad entre progenitores, así como la atención y cuidado del menor durante sus primeros meses de vida. Esta última finalidad, como ya indicara el TSJ de Cataluña, adquiere protagonismo con la nueva denominación y regulación del permiso, ahora por atención y cuidado del menor. Además, “el nacimiento” se vincula expresamente en la norma no solo con el parto

¹² Vid. STS 602/2022, de 5 de julio de 2022, FD 1º: donde se debate si “el recurrente tiene derecho a la prestación de paternidad, como consecuencia del alumbramiento sin vida a las treinta y nueve semanas y tres días de gestación de la hija que él y su esposa (quien sí percibió íntegramente la prestación de maternidad) esperaban.”.

¹³ Véase a este respecto la STSJ de Islas Canarias 105/2023, de 24 de enero de 2023, referenciando doctrina del TS indicará que “La Sala IV del Tribunal Supremo, sin embargo, en su sentencia de 23 de septiembre de 2020, rec. 70/2019 (RJ 2020, 3898), identificó una finalidad parcial común en ambos permisos, afirmando que “...a salvo las seis semanas inmediatamente posteriores al parto, en cuya finalidad prevalece, claramente, la salud de la madre biológica, el resto del tiempo de descanso por maternidad tiene, en parte la misma finalidad que el permiso de paternidad; esto es, el cuidado y atención del hijo, debiendo añadirse en todo caso que, además, late en el permiso por paternidad una finalidad específica, cuya importancia para la resolución de este caso se revela innegable, consistente en que su objeto es fomentar un reparto más equitativo de las responsabilidades familiares entre hombres y mujeres y permitir que se cree un vínculo temprano entre padres e hijos...” Con ese matiz, la Sala IV del Tribunal Supremo descarta igualmente la identidad finalista de ambos permisos.”.

sino también con el cuidado del recién nacido. Esta finalidad se deviene primordial para la resolución de un supuesto como el presente donde es precisamente esa atención del menor la que se cuestiona.

Así pues, la priorización que de las finalidades de la prestación se haga en la interpretación de la norma influirá a nuestro entender en la resolución de la cuestión y, sin embargo, parece que no encaja la satisfacción de esa pretensión de igualar el tiempo de cuidado y atención de los menores de familias monomarentales respecto de los de familias biparentales bajo el diseño de una norma que persigue la corresponsabilidad y ha creado para ello dos prestaciones iguales e intransferibles, no sin alterar esa específica configuración establecida por el legislador¹⁴.

Pasemos, pues a analizar, la sentencia del Pleno del TS de 2 de marzo de 2023.

3. SUPUESTO DE HECHO ANALIZADO Y CUESTIÓN CONTROVERTIDA

Desde que el pasado 6 de octubre de 2020 el Tribunal Superior de Justicia de País Vasco, en adelante, TSJ País Vasco, dictara su sentencia número 1217/2020 reconociendo el derecho de la trabajadora demandante a ampliar, en las 8 semanas¹⁵ que le corresponderían al otro progenitor en caso de existir, la suspensión del contrato de trabajo y correspondiente prestación por nacimiento y cuidado de menor que ya tenía reconocida, las resoluciones judiciales¹⁶ que al respecto se han ido dictando resolviendo esta cuestión han sido dispares en cuanto al fallo y criterios jurídicos

¹⁴ En este sentido STSJ de Islas Canarias 105/2023, de 24 de enero de 2023: “En definitiva, y lo que queremos precisar, es que el permiso del progenitor distinto de la madre responde a un objetivo específico, cual es que la de favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, fomentando la corresponsabilidad de madres y padres en el cuidado de los hijos, aun cuando podamos compartir la existencia de parcial coincidencia común con la finalidad propia del permiso correspondiente a la madre biológica, en cuanto a la atención y cuidado del menor y la creación de un vínculo temprano entre padres e hijos.”; En este sentido, el propio título del comentario de Ballester Pastor, I., “Las familias monoparentales tienen derecho a la misma prestación por nacimiento y cuidado de hijos que las familias biparentales. Las normas deben velar por la protección del menor, lo que no cuadra con el diseño de un derecho individual e intransferible de cada progenitor”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, n 1/2021, p.1.

¹⁵ La equiparación de los permisos por nacimiento y cuidado de menor se produjo de forma gradual de conformidad con la Disposición Transitoria 13 del ET.

¹⁶ También consta en la página web del Poder Judicial por comunicado publicado el 4 de febrero de 2021: “La Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial considera que los jueces y juezas que sean progenitor legal único en familias monoparentales pueden disfrutar de forma acumulada de los permisos por nacimiento de hijo o hija que la normativa vigente reconoce de manera separada a cada uno de los progenitores en familias biparentales.[...]” <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/El-CGPJ-avala-que-una-magistrada-progenitora-unica-acumule-los-permisos-por-nacimiento-que-la-ley-preve-para-familias-biparentales>.

utilizados, conteniendo algunas de ellas votos particulares e incluso produciéndose cambios de criterios en las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia.¹⁷

Partimos pues de una cuestión de compleja interpretación jurídica que ha llevado a que el Ministerio Fiscal formalizara recurso de casación para la unificación de doctrina. Recurso que ha sido resuelto por el Tribunal Supremo, en adelante, TS, el pasado 2 de marzo de 2023, a través de la sentencia en la que se centra y enfoca nuestro comentario.

Podríamos concretar la cuestión controvertida de la siguiente manera:

¿Tienen derecho las progenitoras¹⁸ de las familias monomarentales, a quienes se les ha reconocido su correspondiente prestación por nacimiento y cuidado de menor, a la concesión de una nueva prestación y suspensión del contrato de trabajo por dicha causa concretada en las 16 semanas que le corresponderían al otro progenitor en caso de existir?

Dicha pretensión se origina a raíz de la nueva regulación que sobre los antiguos permisos por maternidad y paternidad, ahora denominados por nacimiento y cuidado de menor, ha supuesto la entrada en vigor del RD-ley 6/2019 y que ha implicado un cambio en la configuración de los mismos, pues donde antes se contemplaban esos antiguos permisos por maternidad y paternidad, ahora aparecen unificados en uno único, por nacimiento y cuidado de menor, configurado sobre la base de la existencia de dos progenitores en las unidades familiares, o como dice la doctrina científica y judicial, dirigido a las familias biparentales¹⁹.

Así, el nacimiento, que tras la reforma operada por el RD 6/2019 se indica “comprende el parto y el cuidado del menor”, daría derecho por aplicación del artículo 48.4 ET a dos suspensiones del contrato de trabajo por dicha causa, una para la madre biológica de 16 semanas de duración y otra, de igual duración, para el otro progenitor, siendo dichos derechos intransferibles, y que, en caso de que se cumplan los requisitos previstos en la normativa de Seguridad Social, daría lugar

¹⁷ Véase, por ejemplo, STSJ Cataluña 6389/2022, 29 de noviembre de 2022 o STSJ Madrid 584/2022, de 17 de junio.

¹⁸ Utilizamos el término en femenino al estar el 81,35% de familias monoparentales encabezadas por una mujer.

¹⁹ Entre otros, Ballester Pastor, I. indicando que: “Pero la familia a la que se dirige el legislador es, siempre, la familia biparental, sin ambages”, *op.cit.* pág.7. Vid. STSJ Cataluña 6389/2022, 29 de noviembre de 2022: “El artículo 48 del ET no contempla más que un modelo familiar, el clásico biparental, sin tomar en consideración la diversidad de estructuras familiares que han surgido en los últimos años, [...]”; y también la STSJ Canarias 105/2023, 24 de enero de 2023: “La normativa parece atender exclusivamente a una de las opciones posibles en la actual y constatada diversidad de constitución familiar, regulando la situación de necesidad en la que confluyen dos progenitores, protegiendo en exclusiva la familia biparental frente a otras alternativas [...]”; Apartado Cuarto, consideración adicional 2 del voto particular de la STS de 3 de marzo de 2023 que se comenta formulado por el Magistrado García-Perrote, “Pero el Real Decreto-ley 6/2019 no se ocupó de las familias monoparentales, pues ninguna de las dos preocupaciones y finalidades que le guiaban tiene sentido ni es aplicable a las familias monoparentales como las del presente supuesto.”

a las correspondientes prestaciones, una para cada uno de esos progenitores. La intransferibilidad, creemos, tiene justificación en que ninguno de los progenitores pueda obviar sus responsabilidades o corresponsabilidades como padres, adoptantes o acogedores.

De esa nueva configuración del derecho se desprende que en el caso de familias biparentales en las que ambos progenitores tengan derecho a disfrutar de dos prestaciones y suspensiones del contrato de trabajo por esta causa y opten por disfrutarlas de manera sucesiva, se pueda asegurar la atención y cuidados del menor durante más tiempo que si se pertenece a una familia monoparental, al existir solo un progenitor, situación que es considerada desigual por parte de la doctrina²⁰.

Ahondando en la finalidad que persigue esta reforma, a tenor de lo dispuesto en el preámbulo del RDL 6/2019, las modificaciones buscarían dar “un paso

²⁰ Vid. Blasco Jover, C., “El Tribunal Supremo sentencia que 1+0 no es igual a 2: se zanja el debate en torno al reconocimiento doble de la prestación por nacimiento y cuidado del menor en familias monoparentales”, *Briefs AEDTSS*, 23, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2023: “Con todo, el diseño de la prestación y de la suspensión propicia, efectivamente, una fractura del principio de igualdad y no discriminación y ello habida cuenta de la diferenciación que, indirectamente, se realiza entre familias biparentales y monoparentales. No existe motivo alguno que la justifique, ni siquiera la libertad que cada cual tiene para elegir formar una familia en pareja o estando solo o las dificultades presupuestarias del sistema. La monoparentalidad, por la mayor carga en la crianza que recae sobre un único progenitor que dispone de unos únicos ingresos, es una situación jurídica distinta, de mayor vulnerabilidad y en absoluto comparable a la biparentalidad, que necesita de un trato desigual fundado en razones objetivas. No contemplar esta realidad supone, a mi modo de ver, introducir un factor discriminatorio hacia este tipo de hogares”. Véase también, STSJ País Vasco 1217/2020, de 6 de octubre de 2020: “Vamos a estimar el recurso en base a la primera consideración. Desde el paraguas general de no discriminación, si se deniega la prestación a la beneficiaria, en los términos que lo pide, existe una conculcación del derecho de igualdad que consagra la Convención sobre los Derechos del Niño ya indicada de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, por cuanto que la atención, cuidado y desarrollo del menor afectado va a sufrir una clara merma respecto a aquellos otros que en situación semejante, encuadrados dentro de un modelo familiar biparental, van a recibir. Si partimos de la rechazable discriminación del menor por su propia condición o por el estado civil o situación de su progenitor, cuando introducimos un período de cuidado y atención para el grupo de hijos o hijas monoparentales, estamos no solamente mermando la atención que en las familias biparentales se presta, sino que también introducimos un sesgo que quebranta el desarrollo del niño, al quedar atendido menos tiempo y con menor implicación personal de quien ha sido considerado progenitor.”; Voto particular formulado por las Magistradas Arellano Martínez y Poyatos i Matas a la STSJ de Islas Canarias 105/2023, de 24 enero de 2023: “Proyectando todo lo anterior a la resolución de la cuestión que se nos plantea no podemos sino concluir, tal como anticipábamos, la diferente protección que el artículo 48.4 del ET otorga a los menores según los mismos hayan nacido en uniones biparentales o monoparentales en claro perjuicio de éstos últimos pues cumplidos en ambos casos por los progenitores o por el único progenitor existente los requisitos de afiliación y cotización precisos la protección varía de forma ostensible en la duración de los derechos reconocidos. Este diferente trato carece de una justificación objetiva y razonable, pues partiendo de la totalidad de los principios antes postulados, y, en especial, de la interpretación del precepto que venimos examinando bajo el obligado prisma del interés superior del menor, la quiebra del principio de igualdad es evidente pues los menores nacidos en las familias monoparentales reciben un cuidado subsidiado menor que si hubieran nacido en una familia

importante en la consecución de la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres, en la promoción de la conciliación de la vida personal y familiar, y en el principio de corresponsabilidad entre ambos progenitores, elementos ambos esenciales para el cumplimiento del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres en todos los ámbitos.” Así se ha considerado que la equiparación en la duración de los permisos tiene “una función estricta de fomento del reparto de responsabilidades... Esta es la razón por la que no tiene carácter transferible”²¹ o que “Bajo el principio de corresponsabilidad, perseguía la consecución de la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres y la promoción de la conciliación de la vida personal y familiar. Por ese motivo, la regulación legal contempla un derecho individual e intransferible; esta imposibilidad de transferir tiempos de suspensión al otro progenitor se entendía como una mejora de la corresponsabilidad en el cuidado del menor.”²².

Sin embargo, la falta de contemplación en la normativa indicada de las familias monoparentales y la diferente situación que ello genera en el tiempo de

biparental cuando sus cuidados son los mismos sin otra justificación que criterios de nacimiento y familiares en función del número de progenitores que integren la unidad familiar.” En sentido diverso, Ballester Pastor, I., indica que “La buena noticia de la nueva regulación es que... Gracias a igualar las suspensiones de los contratos de los progenitores implicados ambos “sufren” también las penalidades anejas al disfrute de la conciliación sobre sus carreras profesionales. La mala noticia de la nueva regulación es que ésta afecta a las familias monoparentales en negativo pues ellas, en principio, no podrían acceder a una prestación de la misma duración que la que tienen las familias biparentales, pues solamente aparece un progenitor como posible beneficiario de la misma. Siendo cierto lo anterior, es interesante reflexionar sobre esta última afirmación. Lo primero, porque la regulación actual no impide el acceso a la prestación de cuidado de hijos, sino que otorga una prestación por cada progenitor, lo que no es lo mismo y no siempre las familias monoparentales van a encontrarse en situación de desigualdad, tal cual está diseñada la norma, porque actualmente tampoco todas las familias biparentales acceden o tienen posibilidades de acceder a ese subsidio duplicado por cada progenitor exactamente igual al que percibe el primer progenitor. No olvidemos que nos encontramos ante una prestación contributiva que exige la concurrencia de especiales requisitos que han de aparecer en cada progenitor ... Y hay familias biparentales que solamente accederían, también, a un solo subsidio, si uno de ellos fuera muy joven, o cuando uno de ellos no hubiera trabajado nunca, por ejemplo. ... Tampoco se niega el acceso al subsidio en el futuro, aunque lo cierto es que siempre ha de aparecer un segundo progenitor para que así suceda. ...”, *op.cit.* pág. 8.

²¹ Sobre esta cuestión, vid. Ballester Pastor, M.A., *op.cit.* pág.26.

²² Vid. De Sande Pérez-Bedmar, M. en “Ampliación de la duración del permiso y la prestación por nacimiento y cuidado de menor en familias monoparentales. Comentario de la Sentencia JS de Santander (Cantabria) de 31 de enero de 2022, sentencia nº 19/2022; (JUR 2022, 59407)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* num.254/2022, pág. 4. En este sentido Ballester Pastor, I., que indica que “La reforma operada por el Real Decreto 6/2019, de 1 de marzo, sobre la prestación por nacimiento y cuidado de hijos trae consigo una previsión novedosa para fomentar la corresponsabilidad: el subsidio es de cada progenitor, y son prestaciones independientes e intransferibles.”, *op. cit.* pág.1. Vid, también, De La Puebla Pinilla, A. en “Conciliación, corresponsabilidad y género: una perspectiva desde la prestación por nacimiento y cuidado del menor” en AAVV, *Conciliación y corresponsabilidad de las personas trabajadoras: presente y futuro*, Dir. Rodríguez Rodríguez y Martínez Yáñez, Ed. Bosch, Barcelona, 2021, pp.205-206: “Ciertamente, el interés del menor se ve favorecido por la interpretación sostenida en estos

atención y cuidado que pueden llegar a recibir los menores en función del modelo de familia al que pertenezcan ha originado el presente debate sobre la cuestión.

4. SOBRE LA POSIBILIDAD DE ACUMULAR PERIODOS DE DESCANSO PARA CUIDADOS DEL MENOR EN CASO DE “MONOMARENTALIDAD”: LA RECIENTE DOCTRINA DEL TS AL RESPECTO

4.1. De la denegación por el TS de la pretensión solicitada

Como ya hemos adelantado, el TS resuelve en vía ordinaria la cuestión controvertida a través de su sentencia número 169/2023, de 2 de marzo, en virtud de la cual estima el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por el Ministerio Fiscal, casando y anulando la sentencia de 6 de octubre de 2020 dictada por el TSJ País Vasco en el recurso de suplicación número 941/2020 resolviendo “[...] el debate en suplicación desestimando el de tal clase y , al efecto, [...]”²³ declara la firmeza de la sentencia de 18 de mayo de 2020 dictada por el Juzgado de lo Social número 5 de Bilbao.

En esta sentencia, que desestima la acumulación de los periodos de descanso a las familias “monomarentales”, el TS considera que, en aplicación de la normativa vigente que regula la cuestión, se cumplen las exigencias derivadas del Derecho de la Unión Europea, de la Constitución y de los Acuerdos y Tratados Internacionales, y en la que el legislador ha considerado, dice, la ponderación de los diferentes intereses en juego²⁴, la petición debe desestimarse. El TS en diversas ocasiones a lo largo de la sentencia, explicará cómo es al legislador a quien le corresponde “determinar el nivel y condiciones de las prestaciones a efectuar o las modificaciones para adaptarlas a las necesidades del momento”²⁵. Por ello, entiende que otro tipo de interpretación excedería de sus funciones de aplicación e interpretación de la norma, suponiendo una intervención en el ordenamiento jurídico no deseable.

4.2. De los argumentos del Tribunal Supremo

Podríamos resumir, a nuestro entender, en dos los principales argumentos del Alto Tribunal para la resolución del litigio:

pronunciamientos judiciales. Sin embargo, si esta es la perspectiva preferente en el análisis, y no el fomento de la corresponsabilidad a que atiende, según la Exposición de Motivos del RDL 6/2019, la reforma de la protección por nacimiento y cuidado de hijos...”

²³ Fallo de la STS 169/2023, de 2 de marzo de 2023.

²⁴ STS 169/2023, de 2 de marzo de 2023, FD 4º: “Sin que tal ponderación, cuyo resultado es la normativa vigente, pueda ser obviada por el intérprete y aplicador de la ley [...]”.

²⁵ STS 169/2023, de 2 de marzo de 2023, FD 4º, apartado 2º.

- La función de los jueces y tribunales es la aplicación e interpretación de la norma, pero no la creación del derecho, cuestión que le correspondería al legislador²⁶.
- Los artículos afectados no resultan contrarios a la CE, ni a la normativa internacional, especialmente del derecho de la Unión Europea, ni resulta contraria a los acuerdos, pactos o convenios internacionales suscritos por España y de ellos no se deriva la exigencia de una pretensión como la aquí reclamada²⁷.

Así pues, en relación con el primero de los argumentos, el Tribunal Supremo, remitiéndose a la doctrina del Tribunal Constitucional, en adelante, TC, sostendrá

²⁶ STS 169/2023, de 2 de marzo de 2023, FD 5º, apartado 1º: “[...] lo que se nos pide va más allá de lo que significa “interpretar y aplicar derecho” y se sitúa en el ámbito de su creación.”; A este respecto, Blasco Jover, C., indica que “El argumento principal tiene una lógica jurídica impecable: corresponde a quien legisla -no a los jueces y Tribunales- modificar el régimen de la suspensión contractual y el régimen prestacional y más si ello puede “potencialmente afectar a la economía del sistema contributivo de protección social”, *op.cit.* pág.1 y 2. Vid. también voto particular efectuado por el Magistrado García-Perrote Escartín a la STS 169/2023, de 2 de marzo de 2023: “La sentencia de la que discrepo recuerda con toda razón la diferencia entre la función propiamente legislativa y la función judicial. Recuerda igualmente, asimismo con toda razón, que la Seguridad Social es de configuración legal. Ambas cosas son ciertas, sin duda. Pero me parece que ello no es incompatible con la realización de la interpretación integradora ...”; En la línea de este criterio el Magistrado Ruiz Ruiz, en su Voto Particular emitido a la STSJ Cataluña 6389/2022, de 29 de noviembre de 2022: “...entiendo, sin embargo y como indico, que la labor de la Sala ha infringido el principio de exclusividad jurisdiccional de su función que, y en el plano negativo mencionado, le impide apropiarse de funciones correspondientes a otros Poderes del Estado, en este caso, de las del Poder Legislativo. Y lo hace por cuanto recorre, entiendo, una vía jurídica y una práctica judicial que puede calificarse de sustancial en tanto que resulta, parece inexcusable reconocerlo, verdaderamente “creadora” de Derecho al sancionar no solo prestaciones de Seguridad Social no existentes y modificaciones de los contratos de trabajo que, no solo la norma legal descarta, sino que, y en algún caso, proscribire directa e inequívocamente.”. En sentido parecido la STSJ Islas Canarias 105/2023, de 24 de enero 2023: “Sin embargo, concluimos que no corresponde a los jueces y tribunales, en su función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, ex artículo 117 de la Constitución Española, configurar derechos de alcance prestacional al margen de los principios básicos del sistema y de su preceptiva configuración legal, suplantando de esta forma las funciones asignadas a otro Poder del Estado.”.

²⁷ En relación con esta cuestión, también se han seguido diferentes criterios por los jueces y tribunales. Así, a modo de ejemplo, STSJ Cataluña 6389/2022, de 29 de noviembre de 2022, FD 3º: “... ninguna previsión específica se contempla para ese modelo familiar, lo que determina que, en función de la interpretación que se efectúe del artículo 177 de la LGSS en relación con el artículo 48.4 del ET, pueda producirse una insuficiente tutela legal de la protección de la familia y del menor...”. Unido a lo anterior, STSJ Cataluña 6530/2022, de 7 de diciembre de 2022, FD 3º, párrafo 3º: “La Sala, por tanto, no cuestiona la adecuación a la CE de los arts. 48 ET y 177 LGSS, sino que advierte en ellos un redactado que precisa de una labor de interpretación integradora que los armonice con la Carta Magna y la normativa supranacional antes aludida”. De ello entendemos que el TSJ Cataluña analiza que lo que conculcaría la CE no son los preceptos sino la interpretación que de los mismos se haga.; En otro sentido, STSJ País Vasco 1217/2020, de 6 de octubre de 2020: “Hemos anunciado que existen otros planos de confluencia en el derecho a la prestación que se reclama, y de aquí el que consideremos que la norma introduce un elemento importante de

en su fundamentación que el artículo 41 de la CE “convierte a la Seguridad Social en una función estatal en la que pasa a ocupar una posición decisiva el remedio de situaciones de necesidad” y es el legislador quien tiene la capacidad para organizar ese sistema de protección social “ con el alcance y la concreción de medidas que elija en atención a la delimitación de las necesidades que en cada momento considere más acuciantes y relevantes” y quien debe concretar, determinar y en su caso modificar el nivel y condiciones de las correspondientes prestaciones para adaptarlas a dichas situaciones de necesidad a satisfacer.²⁸

En tanto en cuanto, la pretensión objeto de debate a juicio del Tribunal afectará tanto al ámbito de las prestaciones contributivas de la Seguridad Social como al ámbito de la relación contractual con el empleador (específicamente concreta las consecuencias del reconocimiento de una pretensión como la aquí debatida en (i) la creación de una prestación contributiva nueva en favor de los progenitores de familias monoparentales limitada a la duplicación de la ya reconocida, “alterando

discriminación respecto a la mujer y a los fundamentos de la conciliación de la vida familiar. Como hemos estimado la prestación conforme hemos indicado en los ordinales precedentes, vamos a apuntar, exclusivamente, aquellas razones que hemos apreciado que pudieran ser vulneradoras de la Constitución, y en base a ellas el posible planteamiento de una cuestión de Inconstitucionalidad”; Asimismo, Tuset Del Pino, P. refiriendo la posibilidad de recurrir en recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional y sobre el planteamiento de cuestión prejudicial al TJUE formulada por el Juzgado de lo Social número 1 de Sevilla, en “La ampliación del permiso por maternidad en los supuestos de familias monoparentales. Apuntes de urgencia acerca de la Sentencia del Tribunal Supremo, de 2 de marzo de 2023”, *Economist & Jurist*. (2023, 3 de marzo). <https://www.economistjurist.es/premium/la-firma/la-ampliacion-del-permiso-por-maternidad-en-los-supuestos-de-familias-monoparentales-apuntes-de-urgencia-tras-la-sentencia-del-supremo/>.

²⁸ STS 169/2023, de 2 de marzo de 2023, FD 4º, apartado 2: “Por lo que respecta a la CE, hemos afirmado que según constante y reiterada doctrina constitucional, corresponde al legislador determinar el nivel y condiciones de las prestaciones a efectuar o las modificaciones para adaptarlas a las necesidades del momento. Así lo vino señalando el Tribunal Constitucional como se recuerda en su sentencia 75/2011 diciendo que “el art. 41 CE convierte a la Seguridad Social en una función estatal en la que pasa a ocupar una posición decisiva el remedio de situaciones de necesidad, pero tales situaciones han de ser apreciadas y determinadas teniendo en cuenta el contexto general en que se producen y en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los diversos grupos sociales. No puede excluirse por ello que el legislador, apreciando la importancia relativa de las situaciones de necesidad a satisfacer, regule, en atención a las circunstancias indicadas, el nivel y condiciones de las prestaciones a efectuar o las modifique para adaptarlas a las necesidades del momento (STC 65/1987, de 21 de mayo, FJ 17)”. En definitiva, como advierte la propia STC 197/2003, de 30 de octubre, FJ 6 *in fine*, si bien la cobertura de las situaciones de necesidad de los colectivos sociales “es un ideal claramente deseable a la luz de los principios rectores de la política social y económica que nuestra Constitución asume en sus arts.41 y 50 y que han de informar la legislación positiva - art. 53.3 CE-”, sin embargo “este Tribunal Constitucional no debe interferir con decisiones singularizadas susceptibles de alterar el equilibrio económico financiero del conjunto del sistema, salvo que la diferencia de tratamiento controvertida esté desprovista de toda y razonable (STC 184/1993, de 31 de mayo, FJ 6)”. En ese mismo FD, apartado 3: “tales requerimientos están dirigidos al legislador que es quien tiene la capacidad y la responsabilidad de organizar el sistema de protección social con el alcance y la concreción de medidas que elija en atención a la delimitación de las necesidades que en cada momento considere más acuciantes y relevantes.”

la configuración diseñada por el legislador” (ii) y en la modificación del régimen jurídico de la suspensión contractual regulada en el artículo 48.4 ET que afectaría también al empleador, “que se vería obligado a soportar una duración mayor de la suspensión contractual prevista expresamente en la ley, lo que le afectaría en sus previsiones de sustitución o de reorganización de la empresa y que, a salvo de una intervención normativa ulterior, no le eximiría del cumplimiento de las obligaciones de cotización en materia de Seguridad Social”²⁹ el Alto Tribunal razonará que una intervención como la que se pretende excedería de su función de aplicación e interpretación de la norma correspondiendo dicha actuación solamente al legislador³⁰. Sin embargo, como más adelante se dirá al analizar el voto particular, en otras ocasiones el TS ha realizado interpretaciones que no han sido una mera aplicación de la norma sino creadora de derecho (“teoría del paréntesis”, “días cuotas”, “trabajadores indefinidos no fijos de las Administraciones Públicas”, “maternidad subrogada”...).

El segundo de los motivos que lleva al TS a estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina es el concerniente a la legalidad de la normativa analizada que indica no “resulta contraria a la letra o al espíritu de la Constitución Española, ni se sitúa al margen de la normativa internacional, especialmente del

²⁹ STS 169/2023, de 2 de marzo de 2023, FD 3º, apartado 1: “Como veremos, de inmediato, la solución que pueda darse a tal cuestión no sólo afectará al ámbito de las prestaciones contributivas de la Seguridad Social, sino 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.” y apartado 3º: “Desestimar el recurso que examinamos y confirmar la sentencia recurrida implicaría varias consecuencias que interferirían sensiblemente en el orden normativo expuesto ya que, en primer lugar, supondría crear una prestación contributiva nueva en favor de los progenitores de familias monoparentales que, además, quedaría estrictamente limitada a la duplicación de la duración de la misma, sin modificar los condicionantes específicos en materia de período de cotización previa o del régimen jurídico de su propia concesión o subsistencia, alterando la configuración diseñada por el legislador. En segundo lugar, necesariamente, deberíamos modificar el régimen jurídico de la suspensión contractual por causa de nacimiento y cuidado de hijo que tan prolijamente establece el apartado 4 del artículo 48 ET, lo que, sin duda de clase alguna, afectaría al otro sujeto de la relación contractual que se vería obligado a soportar una duración mayor de la suspensión contractual prevista expresamente en la ley, lo que le afectaría en sus previsiones de sustitución o de reorganización de la empresa y que, a salvo de una intervención normativa ulterior, no le eximiría del cumplimiento de las obligaciones de cotización en materia de Seguridad Social.”

³⁰ STS 169/2023, de 2 de marzo de 2023, FD 3º, apartado 3: “Una intervención de tal calibre dista mucho de lo que la organización constitucional del Estado encomienda a los jueces y tribunales. Su función es la aplicación e interpretación de la norma, pero no la creación del derecho. La intervención en el ordenamiento jurídico que exige una pretensión como la que se sostiene en el presente procedimiento sólo le corresponde al legislador, sin que la misma pueda ser suplida a través de resoluciones judiciales que vayan más allá de sus propias funciones jurisdiccionales, entre las que no se encuentran, desde luego, la modificación del régimen prestacional de la Seguridad Social, ni la modificación de la organización de la suspensión del contrato de trabajo por causas previstas en la ley, a través de la aplicación de criterios interpretativos concretos previstos legalmente que no se circunscriben a la aplicación de la norma en supuestos fácticos que, razonablemente, no parecen claramente delimitados en el ámbito de afectación de la norma interpretada.”

derecho de la Unión Europea, ni resulta contraria a los acuerdos, pactos o convenios internacionales suscritos por España³¹. Una interpretación más que discutible, pues de todos es conocido que el verdadero o auténtico intérprete de tales normas son: el TC, el TJUE o, en su caso, el TEDH.

En definitiva, para resumir, la discusión sobre si el sistema de protección resultante a las familias monoparentales es o no el mejor de los posibles excederá de las funciones que le son propias³², para además advertir, que el reconocimiento de una pretensión como la aquí debatida no es una exigencia que se derive de la Constitución, ni de la norma de la UE, ni de ningún acuerdo o tratado de aplicación.³³

El TS sigue ahondando en su argumentación, sobre la base de lo que hasta aquí se ha expuesto, pues no puede atenderse a lo que se pide ya que ello supondría la posible ampliación de la protección que el sistema otorga a un determinado colectivo –las familias monoparentales– cuyo alcance, e intensidad corresponde determinarlo al legislador; no siendo función de los órganos jurisdiccionales adoptar decisiones singularizadas que sustituyan la configuración efectuada por legislador, especialmente si tales decisiones pueden potencialmente afectar a la economía del sistema contributivo de protección social. Además, entiende el TS, que la regulación vigente de la protección por nacimiento y cuidado del menor en este tipo de familias, no resulta contraria al principio de igualdad del artículo 14 CE, ni contraviene ningún principio constitucional, “sin perjuicio de que de *lege ferenda* pudiera ser deseable que fuera mayor o más intensa”³⁴.

Para cerrar su argumentación, el TS aprovecha para razonar por qué las dos argumentaciones más importantes que apoyarían la interpretación a favor de la

³¹ STS 169/2023, de 2 de marzo de 2023, FD 4º, apartado 1.

³² STS 169/2023, de 2 de marzo de 2023, FD 4º, apartado 1: “La discusión sobre si el sistema resultante de protección a las familias monoparentales es o no el mejor de los posibles excede con mucho de las funciones de los órganos jurisdiccionales que sí están obligados a comprobar el respeto y la adecuación del concreto régimen jurídico cuestionado a las exigencias de las normas nacionales o internacionales que pudieran condicionar la configuración legal”.

³³ STS 169/2023, de 2 de marzo de 2023, FD 4º, apartado 1: “En este sentido, 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 propia no resulta 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.”.

³⁴ STS 169/2023, de 2 de marzo de 2023, FD 4º, apartado 2. Vid., también, STJS Valencia 3471/2021, de 30 de noviembre de 2021, FD 2º: “En conclusión, el trato diferenciado que, en suma supone que el progenitor de la familia monoparental tenga acceso a una prestación superior y distinta a la que se reconoce a cada uno de los que conforman la familia biparental, reclama una regulación que así lo establezca de manera explícita, lo que no se desprende de la en vigor al tiempo de la solicitud actora ...”. O como indica Blasco Jover, C., “Indudablemente, la labor de quien legisla es fundamental, pues ha de determinar las condiciones de disfrute de la suspensión y de acceso a la prestación para adaptarlas a las necesidades del momento, por lo que el trato diferenciado que supone que el progenitor solo tenga derecho a una suspensión/prestación distinta (doble o no) por nacimiento de hijo reclama una regulación que así lo establezca explícitamente”,..., *op.cit.* pág.3. Vid. STSJ de Islas Canarias 105/2023, de 24 de enero de 2023: “Todo ello nos

acumulación de los periodos de descanso, esto es, la aplicación del principio del interés superior del menor y la aplicación de la perspectiva de género, no han de tenerse en cuenta en la resolución de la litis.

En relación con la aplicación del principio del interés superior del menor, comienza recordando el TS que “en toda la regulación de la prestación por nacimiento de hijo y cuidado del menor está, sin duda presente, la atención a ese singular interés,” pero no es el único, dice, “razón por la que el legislador, también ha prestado especial atención al principio de igualdad entre hombres y mujeres al confeccionar una normativa que, asimismo, tiene como finalidad lograr la corresponsabilidad entre ambos progenitores en el cuidado del menor.”³⁵ Indica el TS que efectuada por el legislador la ponderación de los intereses que deben considerarse en la regulación de la materia ha considerado que el disfrute de los derechos de conciliación y la protección dispensada en estos casos eviten que el ejercicio de aquellos perpetúe roles de género; esta ponderación fue adoptada en una regulación que, según el TS, se ajusta las normas internacionales como a la CE, y no puede ser obviada por el intérprete y aplicador de la ley³⁶.

El interés del menor no podrá ser determinante, a juicio del TS, para la solución del conflicto, no solo porque no lo considera el único en juego sino porque,

permite afirmar que el legislador, identificada una concreta situación de necesidad y conforme a una finalidad específica, diseñó un sistema de protección para el supuesto de nacimiento y cuidado del menor, comprendiendo como beneficiario al progenitor distinto de la madre, reconociendo un derecho prestacional a modo de subsidio de carácter condicionado, pues su efectividad no depende en exclusiva de la consideración de progenitor, sino y además, del cumplimiento de los requisitos típicos para el acceso a las prestaciones de nivel contributivo del Régimen General de la Seguridad Social, cuales son la afiliación y alta en dicho Régimen o situación asimilada a la de alta al sobrevenir la situación protegida, así como el cumplimiento de los requisitos de cotización contemplados en el artículo 178 de la LGSS. Derecho, en todo caso, individual e intransferible. Lo pretendido por la beneficiaria, y que obtuvo favorable acogida en la instancia, supondría alterar el contenido de la acción protectora de la Seguridad Social afectando a la contributividad del sistema y, en definitiva, a su sostenibilidad económica, reconociendo un derecho que el legislador, atendida la configuración legal del mismo, ha delimitado perfectamente en su dimensión objetiva y subjetiva y cuya titularidad es ajena a la recurrida. Y si bien es cierto que el principio de contributividad ha resultado matizado considerando el carácter redistribuidor inherente a la seguridad social, es al legislador a quien incumbe desplazar la proporcionalidad entre cotización y prestación, garantizando en todo caso la viabilidad, sostenibilidad y eficacia del sistema. (STC 91/2019, de 3 de julio de 2019 (RTC 2019, 91)). En definitiva, afirmamos la existencia de una situación de necesidad amplificada en las familias monoparentales, que incrementa el riesgo de vulnerabilidad y exclusión social, dificultando la conciliación entre la vida familiar y laboral. Al igual que mantenemos que tal evidente situación de necesidad resultaría merecedora de una especial regulación que removiera los obstáculos que dificultan o impiden la libertad de elección partiendo del reconocimiento de la diversidad familiar. Sin embargo, concluimos que no corresponde a los jueces y tribunales, en su función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, ex artículo 117 de la Constitución Española, configurar derechos de alcance prestacional al margen de los principios básicos del sistema y de su preceptiva configuración legal, suplantando de esta forma las funciones asignadas a otro Poder del Estado.”

³⁵ STS 169/2023, de 2 de marzo de 2023, FD 4º, apartado 4.

³⁶ STS 169/2023, de 2 de marzo de 2023, FD 4º, apartado 4.

además, no considera que exista “una supuesta vulneración de un teórico derecho del menor de las familias monoparentales a ser cuidado en condiciones de igualdad con respecto a las biparentales”. Ello en tanto en cuanto el acceso a la prestación que le corresponde al otro progenitor precisa del cumplimiento de unos requisitos que no implica que se reconozca a todas estas familias en todo caso³⁷.

Pero aquí tendría que hacerse una consideración que el TS ha obviado: no cabe duda de que el tiempo de descanso para el cuidado de los menores es mayor en las familias biparentales, por lo que a causa de ello podría darse un mejor cuidado y atención a los menores que en las familias monoparentales y ello independientemente de que pueda ser más o menos frecuente, como indica el TS, que haya familias biparentales en las que solo uno de los miembros podrá acceder a la protección por nacimiento³⁸ y ello porque este matiz que recalca el TS parece desconocer que la única persona que está al cargo y cuidado de los menores en las familias monoparentales, es la que se tiene que incorporar al trabajo, mientras que en las biparentales, gestionando el tiempo de ambos progenitores trabajadores, habrá durante más tiempo la posibilidad de que un adulto lo asista.

Además, también considerará el TS como no determinante para la resolución del litigio la interpretación con perspectiva de género pues la pretensión “va más allá de lo que significa “interpretar y aplicar el derecho” y se sitúa en el ámbito

³⁷ Pero en estos casos, aunque uno de los progenitores no trabaje fuera del hogar familiar y, por ende, no haya derecho a la protección por nacimiento, el menor tendrá por dicho motivo asegurado su cuidado ya que lo lógico es que el progenitor que “no trabaja” fuera del hogar familiar se encargará de tales labores. Vid. STS 169/2023, de 2 de marzo de 2023, FD 4º, apartado 4. En relación a esta cuestión STSJ C. Valenciana 3020/2021, de 19 de octubre de 2021, FD 2º y STSJ C. Valenciana 3471/2021, de 30 de noviembre de 2021, FD 2º: “El argumento de la protección del menor como sustento del recurso es falaz, pues no existe una supuesta vulneración de un teórico derecho del menor de las familias monoparentales a ser cuidado en condiciones de igualdad con respecto a las biparentales. Antes al contrario, como se ha dicho antes, en el caso de las familias biparentales la prestación que corresponde al progenitor respecto las doce semanas adicionales precisa como condición inexcusable su encuadramiento 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 no puede ser el factor decisivo en esta cuestión, sin que pueda alegarse un trato desigual de ambos tipos de familias, desigualdad que sí se daría respecto la recurrente monoparental en el supuesto de las biparentales en que uno de los progenitores no pudiera beneficiarse de las doce semanas invocadas en la demanda y recurso.”

³⁸ STS 169/2023, de 2 de marzo de 2023, FD 3º, apartado 1. En relación con esta cuestión, De La Puebla Pinilla, A., “Ciertamente, el interés del menor se ve favorecido por la interpretación sostenida en estos pronunciamientos judiciales. Sin embargo, si esta es la perspectiva preferente en el análisis, y no el fomento de la corresponsabilidad a que atiende, según la Exposición de Motivos del RDL 6/2019, la reforma de la protección por nacimiento y cuidado de hijos, no puede desconocerse que este no prevalece en otras situaciones en las que, por circunstancias diferentes a la de producirse el nacimiento o la adopción en una familia monoparental, solo uno de los progenitores disfruta de la protección social. ... Pero tampoco debe olvidarse que el interés del menor, recibir la compañía, cuidado y atención de su/s progenitor/es, resulta posible en caso de dos progenitores, reciban o no ambos la prestación de la Seguridad Social”..., *op.cit.* pp. 205-206.

de su creación”³⁹, interpretación que no cabe aplicar, razona el Alto Tribunal. Argumento discutible ya que la CE es la norma que ha de ser aplicada para corregir los “excesos” y “defectos” del legislador. Es cierto que el legislador ha intervenido y establece una normativa que tiende corresponsabilizar al varón en la educación y crianza de los hijos, como la fórmula elegida para corregir y evitar una discriminación ancestral de la mujer en este terreno que resultaba urgente remediar, pero lo ha hecho de forma defectuosa. Parece demasiado aventurado o atrevido por parte del TS calificar este déficit de protección como algo “querido y consentido por el legislador”⁴⁰.

Con todo, el conjunto de razonamientos expuestos anteriormente llevará al TS a estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Ministerio Fiscal y a desestimar la pretensión de las familias monoparentales.

Más que duplicación⁴¹, podría haberse entendido, a nuestro juicio, una igualación de condiciones en beneficio del menor para su necesario cuidado.

Con todo, la STS de 2 de marzo de 2023 es una sentencia con un correcto diseño argumental. De hecho, dos magistrados se apartan del consenso mayoritario al entender que el TS tendría que haber adoptado la posición contraria.

³⁹ STS169/2023, de 2 de marzo de 2023, FD 5º, apartado 1.

⁴⁰ STS 169/2023, de 2 de marzo de 2023, FD 5º, apartado 1.; Sobre el conocimiento por parte del legislador de la cuestión la STS 2 de marzo de 2023, en su FD 5º, apartado 2, indicará: “Además, a juicio de la Sala, los datos disponibles revelan que estamos ante una situación conocida por el legislador que, por razones en las que no nos corresponde entrar, ha decidido de momento no intervenir para regular la situación que aquí se plantea. Ello sin perjuicio de que pueda realizarlo en cualquier caso cuando lo considere oportuno. Lo bien cierto es que, a la fecha de la deliberación de esta resolución, consta que el parlamento no ha aprobado una proposición de ley orientada a ampliar el permiso a 32 semanas en el caso de las familias monoparentales (B.O. Congreso de los Diputados de 14 de enero de 2022) y que, en fecha recientísima, el Senado ha desestimado por abrumadora mayoría una enmienda, [...] consistente en la modificación del artículo 48.4 ET en 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).”

⁴¹ STS 169/2023, de 2 de marzo de 2023, FD 3º, apartado 3. Sobre esta cuestión STSJ C. Valenciana 3020/2021, de 19 de octubre de 2021, FD 2º y STSJ C. Valenciana 3471/2021, de 30 de noviembre de 2021, FD 2º: “Siendo evidente la falta de amparo normativo de la extensión a las familias monoparentales del permiso de doce semanas adicionales dispensado para las familias biparentales, no debe caer en saco roto que la concesión de este supone que el progenitor distinto de la madre necesariamente se halle afiliado a la Seguridad Social, en alta o en situación asimilada y cubra un periodo mínimo de cotización, de ahí que la inexistencia de un progenitor que cumpla estos requisitos legales no puede ser suplida como una ficción por la propia madre integrante de la familia monoparental, pues además la prestación de esas doce semanas implica que al abonarse en función de la base reguladora diaria del beneficiario, lo lógico es que sea distinta, superior o inferior a la de la madre, mientras que en el caso resuelto por la sentencia del TSJ del País Vasco, como aquí se reclama, la de estas doce semanas añadidas sería la misma que para las primeras dieciséis, supliendo a ese ficticio progenitor.”; En otro sentido, STSJ Cataluña 6530/2022, de 7 de diciembre de 2022, FD 5º, párrafo 3º: “La prestación no se reconoce en modo alguno creando la ficción de que existe otro progenitor sino, precisamente, partiendo de forma básica de que el mismo

5. DE LOS VOTOS PARTICULARES

Como ya hemos adelantado, la sentencia aquí comentada cuenta con el voto particular formulado por el Magistrado García-Perrote Escartín, al que se adhiere la Magistrada Virolés Piñol.

Dicho voto se sustenta sobre argumentos o consideraciones principales:

- El interés superior del menor, de obligada consideración primordial, principio en los que en otros asuntos se ha basado la Sala IV.
- Así como en la perspectiva de género.

En relación con la primera consideración que es junto con la interpretación de la cuestión bajo la perspectiva de género el argumento principal de las sentencias que estiman la pretensión aquí debatida, los Magistrados discrepantes consideran que es posible realizar una interpretación integradora de las normas aplicables basándose en el conjunto de normas tanto nacionales como supranacionales que establecen, dice, el interés superior del menor y su consideración primordial como “un derecho y, en todo caso, el principio interpretativo que debe prevalecer” indicando el voto particular, expresamente, que esas normas mencionan a los tribunales.⁴²

Concretan estos Magistrados el acervo normativo sobre los que justifican su decisión, entre otras, en la Constitución Española, destacando la relevancia constitucional de la protección de la familia, de los niños y de las madres; la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea donde destacan la consideración primordial que ha de tener el interés superior del niño; la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989⁴³ en donde referencian la mención que la norma hace a los tribunales y a la atención a la consideración primordial del interés superior del niño en las medidas que adopten; el considerando (37) de la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio

no existe... Exactamente lo mismo hace la Sala cuando reconoce el derecho, sin ficción alguna. La desigualdad que precipita la estimación de la pretensión de la parte actora tiene que ver a criterio de la Sala, precisamente, con la inexistencia de otro progenitor, y con la condición de madre soltera como estado civil (al margen de la protección del menor). Por tanto, no se produce infracción del art. 178 LGSS porque la única persona a la que se reconoce la prestación es la que debe reunir los requisitos de alta y carencia, y precisamente lo que sería una ficción sería exigir el cumplimiento de esos requisitos a alguien que no existe, como pretende la recurrente.”.

⁴² Argumento Segundo del voto particular; En este sentido, el voto particular emitido por las Magistradas Arellano Martínez y Poyatos i Matas a la STSJ de Islas Canarias 105/2023, de 24 de enero de 2023: “El interés del menor se configura así, en virtud de las disposiciones citadas, como un principio general que sirve como canon interpretativo del ordenamiento jurídico nacional y, en concreto, en la cuestión que ahora se somete a nuestra consideración, en la aplicación de las normas en materia de protección de la maternidad y paternidad. La regulación protege tanto los intereses de la madre al cuidado de su salud y los del otro progenitor (en caso de concurrir), para favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, fomentando la corresponsabilidad de madres y padres en el cuidado de los hijos comunes, y también, los del menor.”.

⁴³ Ratificada por España y publicada en el BOE de 31 de diciembre de 1990.

de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/2018/UE del Consejo⁴⁴, del que expresamente subraya el Magistrado en su fundamentación la “especial mención a las familias monoparentales y a que el permiso parental se adapte a sus ‘necesidades específicas’”.

Junto a ello, nuestra normativa interna de protección de niños y menores, entre las que indica la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor de la que se destaca el derecho del menor a que su “interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernen, tanto en el ámbito público como privado”. Señalando muy ciertamente a nuestro juicio que, en aplicación de la Ley Orgánica 1/1996 y en las medidas concernientes a los menores que adopten, entre otras instituciones, los “Tribunales”, ha de primar el interés superior de los menores sobre “cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”.

Además, el preámbulo de la Ley Orgánica 8/2015 “afirma que el interés superior del menor además de ser un “derecho sustantivo”, es un “principio general de carácter interpretativo”, de manera que, si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma, “se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor”. Argumento, sin duda, contundente.

Todo ese conjunto normativo sobre el que se asienta la relevancia de tener en cuenta el interés superior del menor como principio interpretativo lleva a los Magistrados discrepantes a considerar que la solución del supuesto pasaría por una interpretación integradora de la normativa que estimase la pretensión y reconociese el derecho de la demandante.

El voto particular va más allá. No solo considera que se debería estimar la pretensión en base a la aplicación de la interpretación del interés superior del menor y la perspectiva de género, sino en base a lo que considera seguir los precedentes de la Sala en los que se ha aplicado una interpretación integradora que ha llevado al reconocimiento de prestaciones de Seguridad Social y a la suspensión de contratos de trabajo en base a ese interés superior del menor y/o realizando la interpretación con perspectiva de género, no entendiendo dice, por qué no es posible dichas interpretaciones en un caso como el que aquí nos ocupa.

Así se hace referencia, entre otros, a los supuestos de maternidad subrogada en los que se reconoció la prestación pese a no estar expresamente previstos por el legislador mencionando entre otras la STS del Pleno 881/2016, 25 de octubre de 2016 (rcud. 3818/2015); la STS 953/2016, de 16 de noviembre de 2016 (rcud. 3146/2014) y la STS 1005/2017, de 14 de diciembre de 2017 (rcud. 2859/2016), sentencias en las que se indica que “la falta de regulación expresa

⁴⁴ Reseñando el voto particular en este caso cómo en dicho considerando se “anima a los Estados miembros a que valoren si las condiciones y las modalidades detalladas de ejercicios del derecho al permiso parental... deben adaptarse a necesidades específicas, por ejemplo, (entre otros supuestos, de) familias monoparentales...”.

no necesariamente impide la interpretación favorable a lo solicitado en base a los objetivos constitucionales de protección del menor”. O “a señalar la interpretación integradora que preconiza... en base al interés superior del menor y la protección integral del hijo” y, por último, subraya la mención que la sentencia 1005/2017 hace en relación con que “el interés superior del menor y la protección de la familia y de la infancia han de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier “duda exegética” así como la apelación que hace a los criterios hermenéuticos del artículo 3.1 CC...”.

Cuestiona así el voto particular por qué en los anteriores supuestos sí fue posible realizar una interpretación integradora que reconocía prestaciones de Seguridad Social y suspensiones del contrato de trabajo en base al principio del interés superior del menor y en este supuesto no ha sido así⁴⁵, argumento al que añade que en igual medida, tampoco entiende por qué el TS no ha procedido a aplicar el criterio de interpretación del supuesto con perspectiva de género, referenciando otros supuestos donde sí ha sido de aplicación y que, a criterio del voto particular, la resolución de la cuestión aquí debatida debiera haber sido también favorables en base a esas dos perspectivas, interés superior del menor y perspectiva de género.

Estos argumentos sobre el interés superior del menor y la interpretación de los preceptos con perspectiva de género han sido utilizados por muchos Jueces y Tribunales para la resolución de la cuestión⁴⁶. Por poner algún ejemplo se puede citar las STSJ de Cataluña 6389/2022, de 29 de noviembre de 2022 y 6530/2022, de 7 de diciembre de 2022, STSJ Madrid 584/2022, de 17 de junio de 2022, STSJ Galicia 425/2022, de 28 de enero de 2022, STSJ Castilla y León, Burgos 541/2022, de 21 de julio de 2022 y el voto particular formulado por las Magistradas Arellano Martínez y Poyatos i Matas a la STSJ de Islas Canarias 105/2023, de 24 enero de 2023, entre otros.

⁴⁵ Vid. Beltrán De Heredia Ruiz, I. que indica que “Estos precedentes evidencian que, o bien, en el pasado, el TS se *extralimitó* en su función judicial, o bien, (más ajustado) no lo hizo y, por consiguiente, en este caso se está quedando *corto*”, en “Sobre la prestación por nacimiento y cuidado del menor en familia monoparental o monomarental (STS\Pleno 2/3/23)”. *Una mirada crítica a las relaciones laborales*. (2023, 21 de marzo). <https://ignasibeltran.com/2023/03/21/sobre-la-prestacion-por-nacimiento-y-cuidado-del-menor-en-familia-monoparental-o-monomarental-stspleno-2-3-23/>. Vid. Rojo Torrecilla, E., “¿Miedo escénico o precaución jurídica en el TS? A propósito de la sentencia de 2 de marzo de 2023 sobre la duración de los periodos de descanso en los permisos por nacimiento para familias monomarentales. El nuevo y cambiante mundo del trabajo” en *Blog Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, (2023, 11 de marzo). <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2023/03/miedo-escenico-o-precaucion-juridica-en.html?m=1>

⁴⁶ *In extenso* sobre esta polémica judicial, véase Aragón Gómez, C. “Sobre los límites del poder judicial reflexiones al hilo de las recientes sentencias en materia de nacimiento y cuidado en caso de familias monoparentales y muerte fetal” en *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, N.º. 97, 2023.

6. CONCLUSIONES

A la vista de lo anterior, la complejidad de la cuestión resulta incuestionable. Quienes escriben el presente comentario son de la opinión de que la pretensión debatida debe tener favorable acogida y de que la atención y cuidado del menor debe situarse en una posición central a la hora de legislar e interpretar cuestiones como la presente.

Como se ha dicho, esta regulación “ha generado un evidente clamor social por el que se viene exigiendo al legislador que las particularidades de las familias monomarentales sean tomadas en consideración por el ordenamiento jurídico”⁴⁷.

Ahora bien, mientras uno de los autores considera correcta la doctrina del TS y es el legislador quien tiene que modificar la normativa, el otro considera que el TS ha perdido una oportunidad para solucionarlo. No obstante, se han tratado de mostrar en el presente comentario las diferentes posturas que se han conocido sobre la cuestión y exponemos, así, a continuación, con la mayor consideración, las conclusiones que a nuestro juicio invita a reflexionar el análisis de una cuestión como la aquí debatida.

La primera de dichas reflexiones nos sitúa en presencia de una regulación interna, que vamos a concretar en los artículos 48.8 ET y 177 de la LGSS, que potencialmente puede generar una situación de desigualdad entre el tiempo de atención y cuidados que puede llegar a recibir un menor perteneciente a una familia monomarental respecto de una familia biparental. Se indica “potencial situación” porque ello no siempre va a ser así, pero en los casos en los que ambos progenitores de una familia biparental accedan a la prestación de la Seguridad Social, por cumplimiento de los requisitos de afiliación y cotización precisos, y dichas prestaciones se disfruten de forma sucesiva, el tiempo de atención y cuidado que va a recibir una menor perteneciente a una familia biparental va a ser mayor que el que puede llegar a recibir un menor de una familia monomarental, pese a que las necesidades de atención y cuidados son las mismas y la complejidad de conciliación para las familias monomarentales son, a priori, mayores que en las biparentales.

Dicha situación se deriva de una configuración de la prestación por nacimiento y cuidado de menor y suspensión del contrato de trabajo por dicha causa en la que solo se tiene en cuenta el modelo familiar biparental y que tiene como una de sus principales finalidades, entre otras, tal y como se ha indicado en cuanto antecede, la corresponsabilidad entre ambos progenitores en el cuidado del menor. Si bien dicha finalidad no es la única, es una cuestión que ha marcado la configuración o diseño actual de la prestación y que afecta al modo de reconocerla. Dos derechos independientes, intransferibles y de 16 semanas de duración.

⁴⁷ Vid. Aragón Gómez, C. “¿Está todo dicho con respecto a las familias monomarentales y la prestación por nacimiento de hijo? ¿Qué avanza el proyecto de ley de familias a este respecto?”, en www.elforodelabos.es, 29 de marzo de 2023.

En base a lo anterior, y teniendo en cuenta que como efectivamente dice el TS, la protección que debe dispensar la Seguridad Social le corresponde determinarla al legislador, se hace necesaria, en nuestra opinión, una reforma legislativa que solviente esa potencial desigualdad y que, contemplando los distintos modelos familiares presentes en la sociedad, como en este caso, las familias monomarentales, les de la protección necesaria para afrontar las dificultades de la conciliación de la vida familiar y laboral en igualdad de condiciones que para el resto de familias.

Ello no obsta para que, al igual que ocurre con los Magistrados discrepantes, no hayamos quedado convencidos sobre el porqué de la imposibilidad de resolver la cuestión en base a una interpretación integradora acorde con otros principios y valores fundamentales que han de regir en la normativa, toda vez que, como indica el voto particular el TS tiene precedentes de concesión de prestaciones de Seguridad Social y suspensiones del contrato de trabajo en supuestos en los que la normativa no lo contemplaba. Teniendo en cuenta el amplio conjunto normativo tanto nacional como supranacional que sustentan la posible aplicación del principio de interés superior del menor, realizando una interpretación con perspectiva de género de la cuestión y en atención a los precedentes de la Sala indicados, la decisión de la Sala bien pudiera haber sido la contraria. Respecto de la interpretación de normas, ha de tenerse en cuenta lo que se indica en las mismas, pero también, en casos en los que se afecta mayoritariamente a familias cuyo titular es una mujer, a otros condicionantes que de forma indirecta pueden producir discriminación. Y ello porque, ex art. 6.2 LO 3/2007 (y art. 2.1 b) de la Directiva 2006/54/CE), en caso de inexistencia de justificación objetiva en atención a una finalidad legítima y con medidas adecuadas, una situación en la que una disposición, criterio o práctica, aparentemente neutros pone a personas de un distinto sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro da lugar a una discriminación indirecta. Es importante en este sentido no solo nuestra jurisprudencia constitucional⁴⁸ sino también la del TJUE⁴⁹. Siguiendo sus precedentes, con todo el respeto que nos merece la Sala IV, con esta sentencia se ha perdido una oportunidad de corregir a través de la interpretación conforme a los principios, valores y normas internacionales y la CE una defectuosa redacción de la norma perjudicial para los menores y las mujeres. E incluso el criterio de igualdad de trato entre mujeres y hombres que exigiría, quizás, entender que la regulación vigente podría conculcar el artículo 14 CE.

No se puede negar que la solución por vía de la reforma legislativa es plenamente deseable para la resolución de una cuestión como la presente, pero si el Alto Tribunal ha sido competente para reconocer prestaciones de Seguridad Social y suspensiones de contratos laborales en otras ocasiones, este asunto es

⁴⁸ Vid. SSTC 253/2004, de 22 de diciembre, 49/2005 y 50/2005, de 14 de marzo, 61/2013, de 14 de marzo, 71/2013 y 72/2013, ambas de 8 de abril, y 116/2013 y 117/2013, ambas de 20 de mayo, o por reciente, 91/2019, de 3 de julio.

⁴⁹ Vid. las sentencias del Tribunal de Justicia de 22 de noviembre de 2012 (Elbal Moreno), 14 de abril de 2015 (Cachaldora Fernández), 9 de noviembre de 2017 (Espadas Recio) y 8 de mayo de 2019 (Villar Láiz).

merecedor de la explicación del porqué en el presente caso no se ha podido llegar a un pronunciamiento estimatorio de la cuestión.

Una reflexión final nos llevaría a concluir que, ni el legislador parece haber tenido en cuenta en el diseño de la norma esa especial finalidad de atención y cuidado del menor, ni, desde luego, a las familias monoparentales, o dicho de otro modo, no parece haber tenido en cuenta en su configuración al sujeto que la origina, esto es, al menor que precisa de los cuidados, ni el TS ha seguido sus precedentes para realizar una interpretación integradora de la norma en base a ese interés superior del menor, cuyo resultado es la desprotección de las familias monoparentales que, con una presumible mayor complejidad para compaginar la vida laboral y familiar son las que se ven afectadas.

Aunque esta sentencia zanja la cuestión en la jurisdicción ordinaria, podría ocurrir que el asunto se trasladara al Tribunal Constitucional, genuino intérprete de nuestra norma suprema⁵⁰.

⁵⁰ Sobre la posibilidad de recurrir en recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional y sobre el planteamiento de cuestión prejudicial al TJUE formulada por el Juzgado de lo Social número 1 de Sevilla, Véase: Tuset Del Pino, P. en “La ampliación del permiso por maternidad en los supuestos de familias monoparentales. Apuntes de urgencia acerca de la Sentencia del Tribunal Supremo, de 2 de marzo de 2023”, *Economist & Jurist*. (2023, 3 de marzo), <https://www.economistjurist.es/premium/la-firma/la-ampliacion-del-permiso-por-maternidad-en-los-supuestos-de-familias-monoparentales-apuntes-de-urgencia-tras-la-sentencia-del-supremo/>.