

El largo y tortuoso camino jurisprudencial en torno a la acumulación del permiso por nacimiento y cuidados de las familias monoparentales

The long and tortuous jurisprudential process regarding the accumulation of birth and child care benefit for single-parent families

EDER NIÑO BRAVO

Universidad del País Vasco, España

Resumen:

El presente artículo se propone examinar la evolución de la doctrina judicial en lo que concierne a la acumulación del permiso por nacimiento y cuidado del menor en el contexto de las familias monoparentales; ya que se trata de una de las grandes demandas del colectivo y objeto de actualidad jurídica y social. De este modo, en primer lugar, se realiza una reseña sobre la realidad socio-económica de las familias monoparentales. En segundo lugar, se hace referencia a la normativa de aplicación tanto comunitaria como nacional, para continuar, finalmente, analizando de manera crítica los diferentes pronunciamientos de los Tribunales, así como los recientes pronunciamientos contrapuestos de la Sala de lo Social y del Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo; finalizando con el pronunciamiento del Tribunal Constitucional del 6 de noviembre de 2024.

Palabras clave: nacimiento y cuidado del menor, familias monoparentales, acumulación, interés superior del menor, no discriminación.

Abstract:

This article aims to examine the evolution of judicial doctrine regarding the accumulation of birth and child care benefit in the context of single-parent families, as this is one of the main demands of the community and the subject of current legal and social issues. In this way, firstly, a review on the socioeconomic reality of single-parent families is carried out. Secondly, there is a reference to the applicable EU and national regulations. Finally, a critical analysis of the different Courts' pronouncements is made, as well as the recent opposing pronouncements of the Social and Administrative Chambers of the Supreme Court, finishing with the Constitutional Court's decision dated 6 November 2024.

Keywords: birth and care, single-parent families, accumulation, best interests of the child, non-discrimination.

Laburpena: Artikulu honek doktrina judizialaren bilakaera aztertzea du helburu, adingabearen jaiotza eta zaintzagatiko baimena guraso bakarreko familien testuinguruan metatzeari dagokionez. Izan ere, kolektibo honen eskaera handienetako bat da, eta gaurkotasun juridiko eta soziala du. Horrela, lehenik eta behin, guraso bakarreko familien errealitate sozio-ekonomikoari buruzko aipamena egiten dut. Bigarrenik, Europar Batasunean nahiz estatu kideetan aplikagarri den araudia aipatu, eta, azkenik, auzitegien erabakiak kritikoki aztertzen ditut, bai eta Auzitegi Goreneko Lan Arloko Salaren eta Administrazio Auzien Salaren azken erabaki kontrajarriak ere; Auzitegi Konstituzionalak 2024ko azaroaren 6an ebatzitako epaiarekin amaituz.

Hitz gakoak: adingabearen jaiotza eta zaintza, guraso bakarreko familiak, metaketa, adingabearen interes gorena, diskriminazio eza.

1. Introducción

La familia es la institución social por antonomasia y el espacio primigenio de socialización de la persona, a través de la cual encauza sus relaciones más básicas con la comunidad (Martín, 2023:21). La sociedad ha ido superando progresivamente el modelo tradicional de familia a través de “profundas transformaciones ideológicas, sociológicas y culturales” (Vilella, 2021:31) así como jurídicas; y en la actualidad, es frecuente encontrarnos con diferentes tipologías familiares. La figura de la familia ha cambiado, pero no sus funciones.

Una de estas nuevas realidades sociales es la formada por las familias monoparentales, en las que, por diversas circunstancias, al menos un menor convive con un solo progenitor (Vilella, 2021:43). No obstante, estas familias responden a una idiosincrasia propia. Nos encontramos frente a un colectivo en auge y muy heterogéneo, con grandes diferencias entre sus miembros, ya sea respecto a sus vías de acceso a la misma como a su situación socioeconómica. No obstante, pese a que la composición de la familia no es la misma, sus funciones no distan de las tradicionales (Vilella, 2021:33), y en este caso, las tareas de cuidado y crianza de los menores recaen sobre una única persona progenitora.

En la presente investigación abordaremos el debate suscitado en la doctrina judicial sobre la acumulación del permiso por nacimiento y cuidado del menor en el caso de las familias monoparentales¹. Por un lado, porque se trata de una de las principales herramientas de las que disponen las familias durante la primera etapa de crianza y por

¹ La terminología en la regulación tanto comunitaria como interna de la cuestión es en cierto nivel confusa, por lo que en tanto a la economía del lenguaje y a facilitar su comprensión, durante el presente trabajo se emplea el término “permiso”, más breve que “suspensión del contrato de trabajo y prestación económica de la seguridad social asociada”. Se parte de la base de que se conoce y entiende la diferencia; y que el hecho de que la normativa comunitaria hable de “permiso” no implica necesariamente que se trata de una ausencia justificada con reserva de puesto de trabajo y retribuida, sino que engloba, desde la perspectiva de derecho interno, a diferentes figuras o instituciones (permisos *stricto sensu*, suspensiones del contrato de trabajo, etc.).

otro, ya que constituye una de las grandes reivindicaciones del colectivo². Para ello, realizaremos unos apuntes sobre la situación actual de las familias monoparentales, continuaremos con una breve mención a la normativa aplicable, para finalizar con el análisis de la postura que han adoptado los órganos jurisdiccionales, con especial mención a la reciente cuestión prejudicial declarada inadmisibile por el TJUE y la unificación de doctrina efectuada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo el pasado año, en contraposición con el muy reciente pronunciamiento de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del mismo tribunal dado a conocer el pasado 18 de octubre de 2024.

2. La intrincada realidad de las familias monoparentales

Las familias monoparentales forman una realidad altamente compleja, ya que pese a encontrarse presentes en la sociedad desde siempre, han venido sufriendo un cierto nivel de marginalización y estigmatización por no encajar en los moldes de la familia tradicional (Bogoni, 2023:71). No obstante, el avance sociocultural y político acaecido en las últimas décadas ha constatado que cada vez son más las modalidades familiares que se escapan de este molde. En efecto, la maternidad/paternidad solitaria por elección es una realidad en expansión, que sin embargo se sigue encontrando al margen de las tutelas normativas más fundamentales (Bogoni, 2023:67). Y es que la Constitución Española no recoge una definición específica de familia, más bien señala en su artículo 39 que los poderes públicos aseguran su protección social, económica y jurídica, así como la protección integral de los hijos e hijas, iguales ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. Así, queda en manos de los órganos legislativos la configuración del concepto legal de familia (Mateos, 2023:145). En este sentido, aunque la concepción sociocultural predominante sea la del matrimonio, la CE permite la inclusión de otros tipos de estructuras familiares, como pueden ser las heterosexuales o LGBTIQ+, familias reconstituidas, las formadas por parejas de hecho, las familias sin descendencia y las monoparentales (Mateos, 2023:145).

En lo que corresponde al caso concreto de la familia monoparental, se trata de un grupo heterogéneo en el cual existen diversas realidades sociales, familiares y financieras, tal y como ha reconocido el mismo Parlamento Europeo (2011). No obstante, estas familias, por lo general, están encabezadas por una mujer (Comisión Europea, 2020:12). En este sentido, la Unión Europea menciona la monoparentalidad como potencial beneficiaria de las medidas de apoyo y conciliación, teniendo en cuenta el desafío especial que las responsabilidades familiares suponen en estos casos (Comisión Europea, 2020:12). En efecto, la disponibilidad de asistencia social, servicios de guardería y domésticos es fundamental para reducir la brecha de género en las responsabilidades reproductivas, en particular para las familias monoparentales, evitando que quienes las sustentan tengan que tomar la decisión de abandonar el mercado laboral (Comisión Europea, 2020:12).

A pesar de la línea marcada por las instituciones comunitarias, a día de hoy no existe una norma específica de carácter estatal sobre familias monoparentales en España, ni

² Tal y como reivindican la Federación de Asociaciones de Madres Solteras (vid. aportaciones al Anteproyecto de Ley de Familias e Informe de Prioridades al Proyecto de Ley de Familias, disponibles en: <https://familiasmonomarentales.es/que-decimos/>), la Asociación de Madres Solteras por Elección (en su página web <https://madressolterasporeleccion.org/permisos-familias-monoparentales-socias/> y en la queja tramitada ante el Defensor del Pueblo el 18 de febrero de 2021, disponible en: https://madressolterasporeleccion.org/wp-content/uploads/2021/02/Queja-permisos-parentales_AMSPE-1.pdf). Últimas consultas: 15/10/2024.

reconocimiento homogéneo en todo el estado (Díaz, 2023:65), dado que su definición depende de que las diferentes Comunidades Autónomas las hayan reconocido y regulado (López-Conde *et al.*, 2022:19 y ss.). Tan solo ocho Comunidades regulan a día de hoy esta tipología familiar de manera explícita; y pese a existir diferencias entre las normas aprobadas, el denominador común es que se trata de las configuradas por una única persona progenitora con uno o varios menores a su cargo (López-Conde *et al.*, 2022:20). No obstante, el 27 de febrero de 2024 el Consejo de Ministros aprobó el Proyecto de Ley de Familias³, con el objetivo de reconocer las diversas tipologías familiares existentes, la determinación de las prestaciones y los servicios a los que tienen derecho según sus características y niveles de ingresos y la reducción de la pobreza infantil (Exposición de Motivos I del Proyecto de Ley de Familias). En el mencionado proyecto, se reconoce las familias monoparentales a nivel nacional⁴ y se contemplan medidas específicas para las familias encabezadas por una sola persona, las cuales dispondrán de un título de acreditación oficial y acceso preferente a distintos servicios públicos como, por ejemplo, el que puedan disfrutar de 16 semanas de educación infantil gratuita en los primeros 24 meses de vida del menor⁵.

Este tipo de nuevas configuraciones familiares cada vez menos atípicas y con un eminente rostro de mujer se configuran de distintas formas, tanto de manera consciente o deseada como inintencionada. Son las formadas, en un sentido amplio y sin ánimo de exhaustividad, a través de situaciones de soltería, viudedad, divorcio, separación, técnicas de reproducción asistida, privación de libertad, emigración y enfermedad prolongada, entre otras (Sumaza y Luego, 2003:69). De hecho, hemos de subrayar que los hogares monoparentales⁶ gobernados por una mujer son más comunes que los capitaneados por un varón. En 2023, el 5,4% de las mujeres de la Unión Europea con edades comprendidas entre los 25 y 54 años eran madres solteras, frente al 0,9% de los hombres en la misma situación (Eurostat, 2024); y de los 1,9 millones de hogares que en España se encuentran encabezados por un solo progenitor, en el 80% de los casos son mujeres (INE, 2020). Resulta, por tanto, evidente el componente de género que atraviesa a esta tipología familiar.

Las familias monoparentales sufren a su vez de un mayor nivel de riesgo de exclusión social, pobreza y precariedad en el empleo que sus análogas biparentales (VV.AA., 2015:9), con sensibles efectos en los menores que crecen en ellas. De hecho, según datos del Instituto Nacional de Estadística (2023) casi el 60% de los hogares

³ Referencia del Consejo de Ministros de 27/02/2024. Disponible en <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/Paginas/2024/refc20240227.aspx#familias> (última consulta: 15/10/2024).

⁴ En la exposición de motivos V del Proyecto de Ley, se indica que se trata de “aquellas situaciones familiares en que exista una sola persona progenitora, con sus hijos e hijas”, y reconoce como “familia con mayores necesidades de apoyo a la crianza” a las formadas por dos o más menores. Asimismo, en el art. 35 recoge las condiciones que las hijas e hijos de estas familias han de cumplir para ostentar el reconocimiento de familia monoparental.

⁵ Si bien es cierto que el Proyecto de Ley constituye un avance en el reconocimiento de este tipo de familia, no se encuentra exento de críticas por parte de los colectivos de familias monoparentales. En efecto, solicitan acceso a la acumulación del permiso por nacimiento y cuidado. Vid. <https://madressolteraspoereccion.org/ley-de-familias/> (última consulta: 15/10/2024), que no se ha recogido en el mencionado Proyecto (Vivero, 2024).

⁶ Hay autores que se decantan por el uso de la palabra *monomarental* con la intención de recalcar su mayoría femenina; no obstante, según la RAE el término monoparental proviene del latín *mono* y *parentālis* (relativo a los parientes). Incluso hay autores que argumentan que se encuentra ligada al término *parir* (Almeda y Di Nella, 2014:29).

formados por una persona adulta con al menos un menor a su cargo no puede hacer frente a gastos imprevistos que puedan surgir; más de la mitad no puede sustituir muebles estropeados o viejos ni disfrutar de 7 días de vacaciones al año; el 33,5 % no puede mantener una temperatura adecuada en su hogar y el 11 % no tiene los recursos para comer carne, pollo o pescado al menos cada dos días. Así, más de la mitad de las familias monoparentales españolas, concretamente el 52,7 %, se encuentran en riesgo de pobreza y exclusión social (European Anti Poverty Network, 2024:18).

Las familias monoparentales sufren de una singularidad propia. El hecho de que una sola persona sea la encargada de mantener la unidad familiar genera dificultades añadidas (Cabello, 2023:350), principalmente, en lo que corresponde a la conciliación laboral y familiar⁷, ya que ha de encargarse de proveer el sustento económico, así como las tareas de atención y cuidados que se dan en las mismas; funciones que generalmente se suelen repartir entre dos progenitores. Problemas de la monoparentalidad a los que habrá que añadir, en su caso, las desigualdades por razón de género. En efecto, si estas familias se encuentran dirigidas por mujeres, se encuentran atravesadas por el mayor nivel de precariedad laboral que éstas soportan: una mayor tasa de temporalidad y parcialidad, salarios más bajos y más presencia en los trabajos informales, entre otros (López-Conde *et al*, 2022:18).

Esta complicada situación que han de enfrentar las familias monoparentales es consecuencia de los bajos ingresos y ausencia de apoyos que sufren algunas de estas familias y también de la falta de políticas públicas que regulen tanto el reconocimiento como las medidas de apoyo a las mismas (Federación de Asociaciones de Familias Monoparentales, 2021:11), que generalmente se han limitado a otorgar un tratamiento análogo al de las familias numerosas (Díaz, 2023:66).

3. Medidas de conciliación y cobertura de la Seguridad Social en la tesitura de las familias monoparentales

Las políticas y medidas de conciliación familiar en el ámbito de la Seguridad Social tienen sus raíces en la evolución de la sociedad y el reconocimiento progresivo de la importancia de equilibrar las responsabilidades laborales y familiares acaecidas tras la incorporación de la mujer al mercado laboral (Bogoni, 2023:71). Estas medidas se pueden definir, *grosso modo* y dejando de lado los matices, como aquellas que buscan crear condiciones para que las responsabilidades familiares y laborales se cumplan satisfactoriamente, promoviendo una relación más concordante entre el trabajo remunerado y no remunerado, fomentando así la igualdad (Bogoni, 2023:71). Generalmente se contemplan diferentes medidas de conciliación (Martín y Guirao, 2013:2): beneficios monetarios o en especie de la seguridad social y beneficios fiscales como desgravaciones, prestaciones de servicios públicos o privados para el cuidado (infantil, de ancianos, apoyo en las labores domésticas), y provisiones relacionadas con el empleo: organización del tiempo de trabajo (jornada flexible, excedencias...) y permisos por responsabilidades familiares (nacimiento de hijas e hijos, enfermedades de personas dependientes...).

⁷ La relación existente entre ser padre o madre soltera y tener un equilibrio más desfavorable entre el trabajo y la vida privada es más patente en todos los indicadores. En términos más generales, las personas que cuidan de sus hijos tienen un peor equilibrio entre la vida laboral y familiar y, sobre todo, son más propensas a sufrir repercusiones de su vida privada en el lugar de trabajo (Eurofound, 2018:24)

Las políticas de conciliación son una herramienta efectiva para hacer frente a los retos de la pobreza y la exclusión social en las familias trabajadoras, pues permiten que los integrantes adultos de las mismas puedan encargarse de las responsabilidades en el hogar mientras mantienen su empleo y sin abandonar el mercado laboral (Campillo, 2019:4). En el presente artículo, analizaremos el permiso por nacimiento y cuidado del menor – anteriormente denominado maternidad y paternidad – ya que se trata de la principal tipología de permisos a disposición de los progenitores durante los primeros años de crianza (Campillo, 2019:52) y uno de los ejes esenciales de nuestro modelo de conciliación (Bogoni, 2023:77). Esta prestación es, por lo tanto, una de las herramientas de mayor impacto en las familias, ya que despliega importantes efectos tanto en las madres y padres como en los menores que disfrutan de la misma.

Analizaremos la citada prestación en el caso concreto de las familias monoparentales, especialmente teniendo en cuenta que tal y como hemos anticipado, siendo una única persona la sustentadora principal del núcleo familiar, esta debe asumir a título individual las tareas de provisión y cuidados que en el modelo tradicional se reparten entre dos progenitores; con una clara merma en cuanto a la atención, cuidados y desarrollo del menor criado en la misma (F.D 5º STSJ País Vasco, Sala de lo Social, N.º 396/2020 del seis de octubre de 2020)⁸. Estamos a su vez frente a un asunto de enorme actualidad, tras los diversos pronunciamientos de los tribunales nacionales, la reciente inadmisibilidad por parte del TJUE de una cuestión prejudicial sobre el asunto y el recurso de inconstitucionalidad pendiente de resolver por el TC.

3.1. Una breve aproximación a la protección de la maternidad, paternidad y el permiso parental en el Derecho de la Unión

La conciliación se ha convertido en un asunto central del Derecho Social de la Unión Europea, contando con una considerable implicación de las instituciones comunitarias: desde la adopción de normas, como la elaboración de *soft law* y la jurisprudencia del TJUE (Bogoni, 2023:72); así, el acervo comunitario se encuentra en el seno de un “juego de conexión e interconexiones jurídicas” (Bogoni, 2023:71).

No obstante, la realidad es que la conciliación (y particularmente, la corresponsabilidad) son cuestiones que se han incorporado recientemente al Derecho de la Unión. En efecto, con la aprobación de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores en 1989 se estableció por vez primera la conciliación como elemento clave para conseguir la igualdad de trato entre hombres y mujeres (Gorelli, 2019:14), “permitiendo así compaginar más fácilmente sus obligaciones profesionales y familiares” (art. 16). Igualmente, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁹ (o CDFUE) recoge en su artículo 33 la protección de la familia y el derecho de toda persona “a ser protegida contra cualquier despido por una causa relacionada con la maternidad, así como el derecho a un permiso pagado por maternidad y a un permiso parental con motivo del nacimiento o de la adopción de un niño”; estableciéndolo así como un instrumento de conciliación vinculante y, por lo tanto, apelable al TJUE (Caracciolo di Torella y Masselot, 2010:43).

En el ámbito de la protección de la maternidad, el punto de partida se encuentra en la Directiva 92/85/CEE relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o

⁸ ECLI:ES:TSJPV:2020:396.

⁹ DOUE C202, de 7/06/2016.

en período de lactancia¹⁰, dictada desde la óptica de la seguridad y salud en el trabajo (art. 1.1 de la Directiva 92/85/CEE). Esta norma regula el permiso de maternidad, y según la misma, los Estados miembros han de tomar las medidas pertinentes para que las trabajadoras embarazadas o que hayan dado a luz disfruten del citado permiso de al menos 14 semanas ininterrumpidas distribuidas antes y/o después del parto (Art. 8 de la Directiva 92/85/CEE). Nos encontramos, por lo tanto, frente a un derecho de titularidad exclusivamente femenina que pretende evitar efectos laborales negativos y discriminatorios (Gorelli, 2019:15).

El permiso parental, por su parte, se regula en la Directiva 2019/1158, cuyo tenor literal lo define como “ausencia del trabajo a la que pueden acogerse los trabajadores que sean progenitores por motivo del nacimiento o la adopción de un hijo, para cuidar de éste” (art. 3.1.b. de la Directiva (UE) 2019/1158). En este sentido, los Estados están obligados a adoptar “las medidas necesarias para garantizar que cada trabajador tenga un derecho individual a disfrutar de un permiso parental de cuatro meses que debe disfrutarse antes de que el hijo alcance una determinada edad, como máximo ocho años” [art. 5.1 de la Directiva (UE) 2019/1158], de los cuales dos serán intransferibles [art. 5.2 de la Directiva (UE) 2019/1158].

La misma Directiva, a su vez, define el permiso de paternidad como la “ausencia del trabajo a la que pueden acogerse los padres o, cuando y en la medida en que esté reconocido por la legislación nacional, un segundo progenitor equivalente con ocasión del nacimiento de un hijo a fin de facilitarle cuidados” (art. 3.1.a. de la Directiva (UE) 2019/1158). Asimismo, en un precepto diferente se regula el permiso de paternidad, señalando que “los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que el progenitor o, cuando esté reconocido por la legislación nacional, un segundo progenitor equivalente, tenga derecho a un permiso de paternidad de diez días laborables. Este permiso de paternidad deberá disfrutarlo el trabajador con ocasión del nacimiento de su hijo” (art. 4.1 de la Directiva (UE) 2019/1158), en aras a promover la asunción por parte de los hombres de las responsabilidades familiares posteriores al nacimiento (Benito, 2021:4).

3.2. La prestación por nacimiento y cuidado de menor en España tras el RD Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación

En lo que a nuestro fuero interno se refiere, es el Estatuto de los Trabajadores¹¹ en su artículo 45 el que regula que el contrato de trabajo se podrá suspender por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento. Esta suspensión del contrato conlleva una exoneración recíproca de las obligaciones de trabajar y de remunerar el mismo, por lo que el trabajador afectado puede acudir al Sistema de Seguridad Social para suplir esta falta de ingresos.

Históricamente, este permiso se encontraba diferenciado según el género de los progenitores (es decir, maternidad y paternidad), pero se procedió a su unificación mediante el 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

¹⁰ DOUE L348, de 28/11/1992.

¹¹ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. BOE N.º 255, de 24/10/2015

ocupación¹². Tal y como se recoge en el preámbulo de esta norma, su objetivo no es otro que, con base en los artículos 9.2 y 14 de la Constitución¹³, fomentar la igualdad de trato entre hombres y mujeres mediante la eliminación de toda discriminación directa e indirecta por razón de sexo y especialmente, las derivadas de la maternidad y la asunción de obligaciones familiares. En efecto, el artículo 48 del ET modificado equipara la suspensión del contrato de trabajo de ambos progenitores en 16 semanas de carácter intransferible, de las cuales serán obligatorias las primeras seis semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto. A través de esta equiparación intransferible se ha buscado el reparto de responsabilidades (Álvarez y Moncada, 2023:299), eliminando de la denominación la mención a quien lo ejerce, madre o padre¹⁴.

Igualmente, el ET recoge ciertas situaciones especiales en las cuales la suspensión tendrá una duración adicional de dos semanas: en el supuesto de discapacidad y nacimiento múltiple. En ninguna sección del articulado se hace referencia explícita a la situación particular de las familias monoparentales, salvo en el caso del art. 48.6 ET, que establece que en el supuesto de existir una única persona progenitora, ésta podrá beneficiarse de las ampliaciones completas previstas en este apartado para el caso de familias biparentales. Por lo tanto, podemos concluir que en lo que a la acumulación se refiere nos encontramos ante una omisión consciente por parte del legislativo, puesto que solo se encuentra prevista en las mencionadas situaciones especiales.

Por su parte, el Capítulo VI del Título Segundo sobre el Régimen General de la Seguridad de la LGSS regula la prestación por nacimiento y cuidado del menor que se encuentra en el núcleo de esta publicación. Podrán ser beneficiarias de la misma, cualquiera que sea su género, las personas que, por motivo de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento familiar disfruten del permiso recogido en el artículo 48 ET, siempre y cuando se cumplan ciertos requisitos de alta y periodo mínimo de cotización en la fecha del hecho causante (arts. 177 y 178 LGSS). En lo que a la situación especial de las familias monoparentales se refiere, el legislativo ha incluido una ampliación de 14 días, pero tan solo en el supuesto especial de la prestación no contributiva (en el art. 182.3.b. LGSS). Asimismo, se establece un pago único a tanto alzado de 1000€ en los casos de nacimiento o adopción en una familia monoparental, siempre y cuando no se supere un determinado nivel de ingresos (arts. 185.1 y 186.1 de la LGSS.). Por lo tanto, podemos concluir que por lo que atiene al ámbito de la Seguridad Social también nos encontramos frente a una falta de regulación consciente y no a un olvido por parte del legislativo (F.D. 3º STSJ Galicia N.º 4026/2022, de 2 de junio de 2022)¹⁵.

4. La posición de los tribunales sobre la controversia acerca de la posibilidad de acumular la prestación por nacimiento y cuidados

Tomando en consideración todo lo anterior, es evidente que nos encontramos frente a un asunto complejo que se encuentra condicionado por varios y diversos factores que

¹² BOE N.º 57, de 07/03/2019.

¹³ BOE N.º 311, de 29/12/1978.

¹⁴ Acción que no ha estado exenta de críticas. Algunas voces subrayan que el cambio de nombre, evitando hacer expresa referencia a los términos de paternidad y maternidad, puede desvirtualizar el carácter intransferible y crear la sensación de que su función principal es la provisión de cuidados, dejando más de lado la cuestión de la corresponsabilidad (Ballester, 2019:17).

¹⁵ ECLI:ES:TSJGAL:2022:4026.

han dado lugar a pronunciamientos opuestos por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales, lo que ha dado lugar a la necesidad de unificación doctrinal por parte del Tribunal Supremo (Ferrer, 2023:11-17), tanto de la Sala de lo Social como de la de lo Contencioso-Administrativo; a expensas de la intervención del Tribunal Constitucional, que tiene pendiente posicionarse sobre el mismo.

4.1. Las diferentes posturas de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia a favor y en contra de la acumulación de la suspensión del contrato por nacimiento y la correlativa prestación de seguridad social.

En este sentido, y por lo que atiene a las diferentes Salas de lo Social de los tribunales superiores de Justicia¹⁶, debe decirse que un sector de aquéllos, basados principalmente en la posición que el TSJ del País Vasco expresó el seis de octubre de 2020¹⁷ (Bogoni, 2023:859), ha abogado por el reconocimiento de la acumulación¹⁸ sustentándose principalmente en tres pilares argumentativos: protección de la infancia, protección de la mujer y discriminación por estado civil (Arrieta, 2024:630). De manera sucinta, el criterio general ha sido el de reconocer la acumulación excluyendo el periodo de las seis semanas iniciales que han de ser disfrutadas de manera ininterrumpida, dado que el objetivo de las mismas es el de la recuperación de la salud de la mujer y el del periodo restante, la provisión de atención y cuidados. Tras realizar un juicio de convencionalidad, han apelado a la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN), adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989¹⁹, y/o al artículo 39 CE. Según las mismas, ha de prevalecer el interés superior del menor, por lo que una niña o niño en una familia monoparental resultaría discriminado si solo pudiera disfrutar de atención y cuidados durante 16 semanas²⁰. En este sentido, la Ley Orgánica 1/1996 sobre la protección jurídica del menor²¹ establece que el interés superior del menor prima sobre cualquier otro, por lo que establecer la duración de la prestación en función del número de progenitores en lugar de atender el citado interés

¹⁶ Vid. STSJ PV N.º 396/2020, de seis de octubre de 2020 (ECLI:ES:TSJPV:2020:396); STSJ Aragón N.º 1321/2022, de 10 de octubre de 2022 (ECLI:ES:TSJAR:2022:1321); STSJ Cantabria N.º 388/2022, de 29 de abril de 2022 (ECLI:ES:TSJCANT:2022:388); STSJ Cataluña N.º 8212/2022, de 17 de octubre de 2022 (ECLI:ES:TSJCAT:2022:8212); STSJ Cataluña N.º 9227/2022, de 29 de noviembre de 2022 (ECLI:ES:TSJCAT:2022:9227)

¹⁷ STSJ PV N.º 396/2020, de seis de octubre de 2020 (ECLI:ES:TSJPV:2020:396).

¹⁸ Una parte de la doctrina se ha mostrado a favor de la acumulación total, es decir, 36 semanas, considerando que las necesidades de cuidado de los menores son iguales en todas las familias (STSJ Aragón N.º 1321/2022, de 10 de octubre de 2022, STSJ Cataluña N.º 9227/2022, de 29 de noviembre de 2022). No obstante, también hay quien aboga por el reconocimiento de 26 semanas, excluyendo las seis iniciales que han de disfrutarse obligatoriamente de manera continuada y simultánea en el caso de familias biparentales, ya que su objetivo es el de la recuperación de la salud de la madre, y el de las restantes, cuidar del menor. Por tanto, nos encontraríamos frente a un trato privilegiado a las familias monoparentales (STS STSJ Cantabria N.º 295/2022, STSJ Castilla y León N.º 541/2022).

¹⁹ Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (BOE N.º 313, de 31/12/1990).

²⁰ Explícitamente, el art. 26 CDN indica que “las prestaciones deberían concederse, cuando corresponda, teniendo en cuenta los recursos y la situación del niño y de las personas que sean responsables del mantenimiento del niño, así como cualquier otra consideración pertinente a una solicitud de prestaciones hecha por el niño o en su nombre”.

²¹ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. BOE N.º 15, de 17/01/1996.

resultaría es una discriminación por razón de nacimiento y condición personal y familiar del recién nacido (STSJ Catalunya, N.º 9227/2022, de 29 de noviembre de 2022)²²

Igualmente, se ha tratado de buscar el equilibrio entre la conciliación responsable (igualdad de género) y la protección del interés superior del menor (Bogoni, 2023:85). En efecto, se realiza alusión al componente de género, ya que, según datos del Instituto Nacional de Estadística, la inmensa mayoría de las familias monoparentales están encabezadas por una mujer. Así, cuando se incorpora al varón u otro progenitor al disfrute de la suspensión del contrato de trabajo, se pretende alcanzar una igualdad de género; pero nos situamos ante una situación de suelo pegajoso y frente a una concepción funcionalista de la igualdad que obvia que la misma se desarrolla dentro de ciertas estructuras sociales. Por ello, los hogares monoparentales e indirectamente, las mujeres, resultan discriminadas. Otro argumento a favor ha sido la consideración de la acumulación de la prestación en familias monoparentales como una situación análoga al fallecimiento de la madre biológica (STSJ Aragón N.º 1321/2022, de 10 de octubre de 2022)²³, en la cual el otro progenitor tiene derecho a disfrutar de las 16 semanas de prestación transferidas incluso si ella no se encontraba trabajando (art. 182 LGSS).

Sin embargo, otros Tribunales de lo Social se han pronunciado en sentido contrario a la acumulación²⁴, poniendo sobre la mesa un interesante debate sobre la finalidad a la que responden tanto la suspensión de la relación laboral como la prestación por nacimiento y el papel que han de tener juzgados y tribunales respecto a la interpretación de la normativa. Subrayan que es indudable la existencia de una evidente situación de necesidad acentuada en las familias monoparentales, caracterizada por un mayor riesgo de vulnerabilidad y exclusión social, así como por dificultades significativas en materia de conciliación entre la vida familiar y laboral (F.D. 3º STSJ ICAN N.º 1/2023, de 24 de enero de 2023)²⁵. Estas situaciones requerirían de una regulación especial en aras de suprimir los obstáculos que limitan o impidan la libertad de elección, reconociendo la diversidad familiar, que no se habría realizado de manera voluntaria y consciente por las Cortes²⁶. No obstante, en esa línea esgrimen que no corresponde a los órganos jurisdiccionales la configuración de derechos de índole prestacional suplantando las funciones asignadas a otro poder del Estado, especialmente teniendo en cuenta su afección a la contributividad y a la sostenibilidad económica del sistema (F.D. 3º STSJ ICAN N.º 1/2023, de 24 de enero de 2023).

En efecto, la legislación en materia de Seguridad Social no contempla la posibilidad de que una persona sea beneficiaria de dos prestaciones por el mismo hecho causante, ni la ampliación de la misma más allá de los hechos tasados, especialmente al tratarse de un

²² Dictada en pleno y con 2 VP. (ECLI: ES:TSJCAT:2022:9227).

²³ ECLI:ES:TSJAR:2022:1321.

²⁴ Vid. STSJ Comunitat Valenciana N.º 4451/2021, de 19 de octubre de 2021 (ECLI:ES:TSJCV:2021:4451); STSJ Comunitat Valenciana N.º 7201/2021, de 30 de noviembre de 2021 (ECLI:ES:TSJCV:2021:7201); STSJ Asturias N.º 1094/2022, de 5 de abril de 2022 (ECLI:ES:TSJAS:2022:1094); STSJ Galicia N.º 4026/2022, de 2 de junio de 2022 (ECLI:ES:TSJGAL:2022:4026); STSJ Islas Canarias N.º 1/2023, de 24 de enero de 2023 (ECLI:ES:TSJICAN:2023:1).

²⁵ ECLI:ES:TSJICAN:2023:1.

²⁶ El Congreso de los Diputados no aprobó una PNL orientada a ampliar el permiso de las familias monoparentales a 32 semanas (Boletín Oficial del Congreso de los Diputados de 14 de enero de 2022); y a su vez el Senado de España se posicionó en contra desestimando una enmienda al Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo dirigida a introducir en el art. 48.4 ET la posibilidad de acumular en permiso en el caso de las familias monoparentales (Diario Oficial del Senado de 8 de febrero de 2023).

derecho individual e intransferible (STSJ Asturias N.º 1094/2022, de 5 de abril de 2022)²⁷. Según la doctrina constitucional²⁸, la finalidad legal de los permisos se encuentra dividida, por un lado, en la protección de la salud de la madre biológica y, por otro lado, en el cumplimiento del artículo 68 del Código Civil por parte del otro progenitor: favorecer la conciliación y fomentar la corresponsabilidad hombre-mujer.

4.2. La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo del año 2023.

A la vista de las posiciones contrapuestas que los tribunales de lo Social de nuestro país han tenido con respecto a si es factible o no acumular los periodos de suspensión del contrato de trabajo por nacimiento de la madre biológica y del otro progenitor y las correspondientes prestaciones por nacimiento, era inevitable que el asunto acabara llegando al Tribunal Supremo²⁹. En efecto, mediante un recurso de casación para la Unificación de Doctrina interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la STSJ PV 941/2020 del 18 de mayo de 2020, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo –reunido en pleno³⁰– se pronunció sobre el particular en la Sentencia 169/2023, de 2 marzo³¹. La litis surgió cuando Doña Angélica, trabajadora por cuenta ajena, tuvo una hija en 2019 con la que formó una familia monoparental. Mediante Resolución del INSS, se le reconoció la prestación por nacimiento y cuidado del menor hasta el 5/10/2019; y siendo ella progenitora única, solicitó una nueva prestación de 8 semanas correspondientes al otro progenitor.

Como es sabido, el alto tribunal ha denegado la posibilidad de acumular el permiso por nacimiento y cuidado en un progenitor cuando se trate de una familia monoparental, si bien se trata de una posición mayoritaria que no unánime por cuanto que este pronunciamiento cuenta con un voto particular emitido por los magistrados D. Ignacio García-Perrote y Dña. Rosa María Virolés, esta última en adhesión al primero.

4.2.1. Los argumentos esgrimidos por la Sala de lo Social del TS para denegar la acumulación del permiso por nacimiento y cuidado en un único progenitor/a

De manera sucinta, la Sala se posiciona en contra del reconocimiento de la acumulación haciendo suyo el argumentario esgrimido por los Tribunales Superiores de Justicia contrarios al mismo y que puede sintetizarse de la siguiente manera:

- a) La redacción vigente de los artículos 177-180 LGSS y 48 ET no vulnera la Convención de los Derechos del Niño, ni el artículo 14 CE, ni la Directiva (UE) 2019/1958.

La normativa nacional no establece trato discriminatorio que vulnere el principio de igualdad entre niños de familias monoparentales ni biparentales, ni tampoco nos encontramos frente a una discriminación indirecta por razón de sexo, debido a que la comparación ha de ser realizada con las familias biparentales, las cuales salvo contadas excepciones están formadas tanto por mujeres como por hombres casi por igual. Por lo

²⁷ECLI:ES:TSJAS:2022:1094.

²⁸ Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional N.º 111/2018, de 17 de octubre de 2018. (ECLI:ES:TC:2018:111). F.J 5º.

²⁹ La conflictividad judicial contribuye a la constatación de que las cabezas de familia en las familias monoparentales son (mayoritariamente) mujeres y que son ellas quiénes solicitan, en tanto madres biológicas o, en su caso, adoptantes, la acumulación del otro progenitor ausente.

³⁰ La Sala Cuarta del Tribunal Supremo se forma por la presidencia y doce magistrados/as. En este caso, debido a las dificultades para la renovación de puestos vacantes en el seno del CGPJ, solo constan ocho, de los cuales tres son mujeres y el resto, hombres.

³¹ ECLI:ES:TS:2023:783.

tanto, la regulación responde a una política social plenamente justificada, en la que corresponde constitucionalmente al órgano legislativo la valoración de las circunstancias y condicionantes en atención a la disponibilidad del sistema y las necesidades e intereses de los distintos grupos sociales. De hecho, el legislativo no se ha olvidado de las familias monoparentales cuando así lo ha considerado oportuno, tal y como se ha reseñado con anterioridad para los supuestos contemplados en el art. 48.6 ET, por lo que se ha de deducir que en este caso –acumulación de prestaciones– las Cortes –de manera intencionada– no han estimado oportuno establecer una medida similar.

Además, no existe ninguna exigencia que obligue a un reconocimiento de la acumulación en el caso presente por parte de la CE, del Derecho de la Unión ni de acuerdos o tratados ratificados por España. En efecto, la Directiva (UE) 2019/1158 solo aconseja y “anima” a los Estados miembro a valorar si el permiso parental ha de adaptarse a las necesidades específicas de las familias monoparentales. En esta misma línea se ha de entender la CDFUE, en sus disposiciones sobre la prohibición de discriminación (art. 21), la prevalencia del interés superior del menor (art. 24) y el derecho a un permiso pagado por maternidad y un permiso parental por nacimiento o adopción (art. 34), “a las que la legislación española se adecúa perfectamente” según el TS.

Por lo tanto, si bien el alto tribunal reconoce que las normas internacionales recomiendan dedicar especial atención a los colectivos que pueden sufrir situaciones de vulneración social, la única obligación directa es la de “tener en cuenta las situaciones de necesidad” que las familias monoparentales pudieran tener, elemento que -de nuevo- queda a discrecionalidad del legislativo. Es éste quien ha de establecer el marco regulatorio de la prestación tras realizar una ponderación de los distintos derechos e intereses en juego. A juicio de la Sala, tras la preceptiva valoración y en atención a la misma, corresponde a las Cortes la organización del sistema de protección social con las medidas y alcance que considere “más acuciantes y relevantes”, por lo tanto, estaría en su mano la inclusión (o no) de la acumulación en el mismo. Es decir, y como hemos venido mencionando, la normativa española no recoge la acumulación de la prestación puesto que, tras analizar la situación, las y los legisladores conscientemente han resuelto no regularla; por lo que, a su juicio, no correspondería al TS pronunciarse al respecto.

- b) El reconocimiento de la acumulación supondría una discriminación para con las familias biparentales.

La prestación por nacimiento y cuidado del menor, al ser de naturaleza contributiva, lleva aparejada la necesidad de cumplir con unos requisitos de alta o situación asimilada y periodo mínimo de carencia. En este mismo sentido, la cuantía depende de las bases de cotización de cada persona beneficiaria. En el caso de reconocer la acumulación, se presupondría que el otro progenitor, en este caso inexistente, cumpliría con ellos, situación que no siempre se da en las familias biparentales. Por lo tanto, el reconocimiento automático en cuestión supondría una discriminación hacia las familias biparentales que han de cumplir con los citados requisitos para poder acceder a la prestación de manera separada.

- c) Estaríamos frente a una creación *de facto* de una nueva prestación sin configuración legal

El reconocimiento automático de la acumulación supondría la conformación de una nueva prestación por parte de los órganos judiciales, la cual se ubicaría al margen de la configuración legal de la que disponen las prestaciones del régimen de Seguridad Social.

Todo ello escapa al mandato constitucional atribuido a los órganos jurisdiccionales, que deben aplicar e interpretar la norma, pero no inmiscuirse en la creación de la misma, que es a ojos del TS lo que se le solicita. Y es que “ningún órgano judicial puede adoptar decisiones singularizadas que sustituyan, amplíen o restrinjan la configuración efectuada por el legislador”.

Asimismo, el reconocimiento afectaría de lleno a la regulación de la suspensión del contrato de trabajo, lo que repercutiría en la otra parte de la relación laboral. La ampliación del permiso afectaría a la facultad organizativa de la parte empleadora (especialmente en lo concerniente a las previsiones de sustitución de personal y de organización de la empresa), y a sus obligaciones en materia de cotización, que se vería obligada a seguir asumiendo.

d) No es aplicable el principio del interés superior del menor.

En uno de los aspectos más controvertidos de la sentencia, la Sala se ha pronunciado en contra del criterio hermenéutico de protección del menor utilizado por la gran mayoría de los TSJ para declararse a favor de la acumulación. Así, alega que el principio del interés superior del menor no es el único que debe atenderse, y el órgano legislativo ha determinado que el espíritu y la finalidad de la prestación ha de ser el de la corresponsabilidad. En efecto, este objetivo “eclipsaría por completo” el principio del interés superior del menor (Bogoni, 2023:87). Aun así, tampoco existiría una vulneración de un teórico derecho del menor de las familias monoparentales a ser cuidado en condiciones de igualdad respecto a las biparentales ya que, como se ha venido mencionando, en las familias biparentales la prestación que le corresponde al otro progenitor precisa como condición *sine qua non* el encuadramiento en la Seguridad Social y un periodo de carencia determinado, y en los casos en los que no se cumplen, el menor tampoco disfruta del periodo ampliado de cuidados alegado.

4.2.2. El voto particular a favor de la acumulación

No obstante, tal y como se ha adelantado, no todos los miembros de la Sala de lo Social del TS han sido unánimes con el Fallo mayoritario. En este sentido, el Magistrado D. Ignacio García-Perrote redactó un Voto Particular³², con la adhesión de la Magistrada Dña. Rosa María Virolés, a favor de la confirmación de la sentencia del TSJPV, y consecuentemente, del reconocimiento de la acumulación. La discrepancia principal versa sobre el principio del interés superior del menor y en cómo este ha de ser aplicado a la hora de interpretar la normativa tanto internacional y comunitaria como española. En este sentido, afirma que se trata de un derecho sustantivo, así como un principio general de carácter interpretativo, de tal manera que, si cabe una interpretación múltiple de una disposición jurídica, se debe optar por aquella que mejor responda a los intereses del menor. Para ello, remite a los artículos 39 de la CE, 24 de la CDFUE, 3.1 de la CDN, el considerando 37 de la Directiva (UE) 2019/1158, el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996 y al preámbulo de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia³³.

³² Siguiendo la misma línea argumentativa esgrimida por el Magistrado García-Perrote, la Confederación Sindical ELA- Euskal Sindikatua interpuso el pasado 12 de marzo una Reclamación Colectiva contra España frente al Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS). Vid. Reclamación N. 239/2024, Confederación Sindical ELA v. Spain, que se encuentra pendiente de resolver.

³³ BOE N.º 175, de 23/07/2015.

El repaso a anteriores pronunciamientos de la Sala del TS en los que se ha tenido en cuenta el preceptivo interés sea quizás el argumento de mayor peso. Y es que, esgrimiendo la premisa de la protección del menor, se ha llegado a reconocer la prestación por nacimiento en otras ocasiones en las que no se encontraba prevista, como, por ejemplo, en el caso de la gestación subrogada³⁴. Como es ampliamente conocido, esta práctica³⁵ se ubica fuera de nuestro ordenamiento jurídico (art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida)³⁶ y ha sido objeto de fuertes críticas tanto por parte del propio Alto Tribunal³⁷, así como de otros organismos comunitarios³⁸ por atentar contra los derechos fundamentales como el de la dignidad humana. Pues bien, en estos casos, y pese a las fuertes críticas, los tribunales han venido reconociendo la prestación por los nacimiento y cuidado del menor a los progenitores no biológicos, incluso tratándose de una práctica declarada como nula por la normativa nacional y no estando incluida en los supuestos recogidos en la LGSS. Para ello, el TS ha declarado que ha de cuidarse el principio del interés superior del menor ya que “constituye un canon interpretativo de relevancia cuando debemos aplicar normas que lo han querido tener presente” y añade que a la hora de interpretar las leyes vigentes hay que “procurar” la protección social de la familia, la protección integral de los hijos y velar por los derechos de los niños (art. 53.3 CE).

Si bien es cierto que nos encontramos ante supuestos de hecho diferentes, ambos casos versan sobre la posibilidad de que los tribunales reconozcan la prestación por nacimiento y cuidado del menor en supuestos de “maternidad/paternidad” no recogidos en la normativa. Es más, pese a las patentes violaciones de derechos fundamentales que se dan en estos casos³⁹, el TS ha “creado” la prestación por gestación subrogada, justificándose en gran parte en el interés superior del menor, pero también en el carácter parcialmente abierto del listado de situaciones protegidas, la protección de un estado de necesidad real y la interpretación constitucional; en contra del criterio utilizado en el caso de las familias monoparentales. En línea con el Voto Particular emitido, resulta difícil de entender el por qué en estos supuestos sí ha sido factible realizar una interpretación integradora y aplicar las correspondientes prestaciones de seguridad social, así como causas de suspensión de contrato a supuestos no previstos por el legislativo (e incluso declarados nulos por ley) y, sin embargo, no es posible en el caso presente.

4.3. La Sentencia de la Sala Contencioso-Administrativa del Tribunal Supremo del año 2024.

³⁴ Vid., sin ánimo de exhaustividad, las Sentencias del Tribunal Supremo 5375/2016, de 25 de octubre de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:5375); 2583/2016 del 16 de noviembre de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:5283); 4770/2017, de 14 de diciembre de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:4770); 1249/2018, de 13 de marzo de 2018 y 1242/2018, de 22 de marzo de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:1242).

³⁵ Realizada a través de un contrato, oneroso o gratuito, mediante el cual una mujer consiente en llevar a cabo una gestación mediante técnicas de reproducción asistida, y con el compromiso de entregar el recién nacido a la persona o pareja comitente (F.J. 1º de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia N.º 949/2011, de 23 de noviembre de 2011 (ECLI:ES:APV:2011:5738)).

³⁶ BOE N.º 126, de 27/05/2006.

³⁷ Vid. STS 1153/2022, de 31 de marzo de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1153).

³⁸ Vid. Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y la política de la Unión Europea al respecto (2015/2229(INI)), disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2015-0344_ES.pdf.

³⁹ STS 1153/2022, de 31 de marzo de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1153), vid. especialmente, FD TERCERO: “la gestación por sustitución comercial vulnera gravemente los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los convenios internacionales sobre derechos humanos”.

En un lapso temporal más cercano, el pasado 18 de octubre de 2024, la Oficina de Comunicación del Poder Judicial difundió una nota de prensa titulada “El Tribunal Supremo reconoce el derecho de las familias monoparentales a doblar el permiso de maternidad para evitar la discriminación de los recién nacidos”⁴⁰, si bien en la nota bajo el mismo aclara “que se refiere a una empleada pública”⁴¹.

La noticia versa sobre la reciente sentencia N.º 4948/2024, dictada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso el 15 de octubre de 2024⁴², mediante la cual reconoce el derecho de las familias monoparentales a extender de 16 a 26 semanas el permiso por nacimiento recogido en el artículo 49 apartado A del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público⁴³ (en adelante, TREBEP) “para evitar la discriminación de los menores recién nacidos”.

El recorrido del caso comenzó en Valladolid, donde la demandante, madre monoparental y profesora funcionaria de profesión, solicitó una ampliación del permiso de 16 semanas a 24⁴⁴; pretensión que le fue negada por la Dirección Provincial de Educación. La madre interpuso demanda ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 2 de Valladolid, tras la cual el Juzgado sentenció a favor de la acumulación entendiéndolo que se encontraba ante una aplicación discriminatoria de la normativa. No obstante, el TSJ de Castilla y León estimó el recurso de apelación interpuesto por la Letrada de la Comunidad de Castilla y León; y revocó la sentencia del Juzgado confirmando la resolución de Educación. En consecuencia, el litigio llega al Tribunal Supremo, a través de un recurso de casación presentado por la madre, quien decide examinar el asunto debido a la controversia, disparidad de enfoques y diversidad de criterios que el asunto ha suscitado en los diferentes Tribunales Superiores de Justicia.

Así, en una clara contraposición a la postura esgrimida por la Sala de lo Social del mismo tribunal (Vivero, 2024), el Contencioso-Administrativo argumenta que en la intersección de intereses en la que se encuentra la regulación de este permiso⁴⁵ ha de

⁴⁰ Disponible en <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-reconoce-el-derecho-de-las-familias-monoparentales-a-doblar-el-permiso-de-maternidad-para-evitar-la-discriminacion-de-los-recien-nacidos> (último acceso: 21/10/2024)

⁴¹ Aunque por motivos de espacio no analizaremos en profundidad el recorrido de la cuestión en las diferentes Salas de lo Contencioso-Administrativo, conviene mencionar que han seguido un recorrido similar al de las y los trabajadores por cuenta ajena. En efecto, el argumentario esgrimido sigue en gran parte la línea de la Sala de lo Social del TSJPV, si bien es cierto que el debate sobre el derecho a la prestación económica de seguridad social sustitutiva del salario durante la suspensión del contrato de trabajo solo se da en el caso de las personas trabajadoras por cuenta ajena del sector privado (vid. Andreu y Martínez, 2022).

⁴² ECLI:ES:TS:2024:4948.

⁴³ BOE N.º 261, de 31/10/2015.

⁴⁴ En este caso, la actora únicamente solicitó una ampliación de 8 semanas.

⁴⁵ “(...) Como son, ante todo, la protección de la madre: su salud y bienestar (1); el interés de la familia que exige la presencia de ambos progenitores en las seis primeras semanas con el menor recién nacido, para hacer efectivo el cuidado a los descendientes del artículo 68 del Código Civil, fortaleciendo el vínculo familiar (2); el interés del menor que precisa una constante e intensa protección, atención y cuidados durante los primeros meses de vida (3); la promoción de la igualdad entre los progenitores respecto de los deberes derivados del cuidado de los hijos (4); y en fin, el favorecimiento la conciliación familiar y profesional (5). Ahora bien, siendo todos los intereses relevantes e igualmente legítimos, el interés del menor destaca sobre todos ellos, es un interés superior, que se erige por encima de todos los demás, a los efectos ahora examinados, situándose en un plano destacado y preferente. Esto es así porque, en todo caso, lo que está en juego es la igualdad entre los menores recién nacidos, evitando la aparición de cualquier forma de

prevalecer el interés superior del menor. En efecto, lo que se encuentra en riesgo es la igualdad entre los recién nacidos, por lo tanto, *ex art.* 14 CE, es preciso evitar cualquier forma de discriminación por razón de nacimiento, así como por cualquier otra condición o circunstancia personal o social, independientemente del tipo de familia en el que haya nacido el menor. Y agrega:

El tipo de familia no puede, por tanto, determinar la diferencia de trato, de modo que el nacido en una familia monoparental disfrutará del cuidado, atención y protección familiar (que establece el artículo 68 del Código Civil) por un tiempo muy inferior, 16 semanas, que tendría si hubiera nacido en una familia biparental, 26 semanas.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo no aprecia ninguna circunstancia objetiva que justifique razonablemente la diferencia de efectos jurídicos del permiso en función de la tipología familiar. Es más, no entiende que unos recién nacidos puedan recibir más tiempo de atención y cuidados que otros por el mero hecho de haber nacido en una familia monoparental. Así, en aras a resolver la cuestión de interés casacional, la Sala establece que la interpretación del citado art. 49 TREBEP en el caso de las familias monoparentales, al no recoger explícitamente el citado supuesto, ha de realizarse siguiendo la hermenéutica constitucional del interés superior del menor, acumulando al permiso de las 10 semanas⁴⁶ que corresponderían al progenitor distinto a la madre biológica.

Para ello, la Sala realiza un interesante recorrido de los textos tanto internacionales como nacionales en los que se basa para realizar la mencionada interpretación integradora (F.D. sexto). Comenzando por el precepto constitucional (art 10.2 CE) que establece que la interpretación que se realice del TREBEP respecto al derecho fundamental (en este caso, el art. 14 CE) debe realizarse de acuerdo a los tratados internacionales ratificados por España; en efecto, el art. 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁴⁷ y el art. 2.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas⁴⁸; que en la misma línea de la LO 1/1996 consolidada, establecen la prevalencia del interés superior del menor. La sentencia subraya, a su vez, que los poderes públicos no solo han de asegurar la protección de la familia y los hijos e hijas (arts. 39.1 y 39.2 CE), sino que los niños constitucionalmente gozan “de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos” (art. 39.4 CE). Normas jurídicas que, una vez en vigor, “prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto” (art. 31 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales⁴⁹). Correlativamente, menciona el considerando 37 de la Directiva 2019/1158, que como venimos mencionando, anima a los Estados a valorar si

discriminación por razón de nacimiento, y por cualquier otra condición o circunstancia personal o social (artículo 14 de la CE), según haya nacido en un tipo u otro de familia”. (F.D. sexto de la STS 4984/2024)

⁴⁶ La Sala de lo Contencioso reconoce como periodo adicional el plazo que no corresponde a las seis primeras semanas obligatorias para ambos progenitores, con el objetivo de equiparar las 26 semanas de atención y cuidados de las que disfrutaban los menores nacidos en familias biparentales.

⁴⁷ Art. 24.2: “En todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial”.

⁴⁸ Art 2.1: “Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

⁴⁹ BOE N.º 288, de 28/11/2014.

el ejercicio del derecho parental debe adaptarse a necesidades específicas, como, por ejemplo, las de las familias monoparentales.

De igual modo, la Sala de lo Contencioso se pronuncia sobre la Sentencia de la Sala Cuarta de 2 de marzo de 2023⁵⁰, que, conforme a lo expuesto y analizado con anterioridad, se pronuncia en el sentido totalmente opuesto. En efecto, argumenta que el sentido favorable a la acumulación de su pronunciamiento se debe al tiempo transcurrido – un año y siete meses – desde la Sentencia de la Sala de lo Social, a la “evolución de la realidad social” de las familias *ex art. 3.1 del Código Civil* y a la “profusión y disparidad” existente en los pronunciamientos del orden Contencioso-Administrativo.

Por lo tanto, si bien es cierto que este pronunciamiento se circunscribe a la función pública, y no se inmiscuye en la casuística del personal laboral (ET) ni en la normativa reguladora de la prestación (LGSS), resulta interesante en tanto el argumentario esgrimido en aras a la creación judicial del permiso dista totalmente del utilizado por la Sala de lo Social del mismo tribunal para no realizarlo. En efecto, actualmente nos encontramos ante una tesis cuanto menos curiosa, ya que según la Sala Contencioso-Administrativa el no reconocimiento de la prestación corresponde a un notorio supuesto de discriminación para con los menores nacidos en una familia monoparental; sin embargo, la Sala de lo Social no lo aprecia como tal, como hemos mencionado anteriormente. Es decir, la acumulación del permiso se debería reconocer (o no) en función de si a la persona trabajadora se le aplican las disposiciones del Estatuto de los Trabajadores o las del Estatuto Básico del Empleado Público.

4.4. Y llegados a este punto... la inadmisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencia de 16 de mayo de 2024

Las dudas sobre la controversia planteada siguen estando presentes, y no solo debido a los pronunciamientos contrapuestos existentes entre las Salas del Tribunal Supremo. Y ello así, porque esta cuestión ha sido objeto de una petición prejudicial elevada al Tribunal de Justicia de la Unión Europea por parte del Juzgado de lo Social N.º1 de Sevilla, mediante auto de 28 de septiembre de 2022. La titular del JS se pregunta si puede incluirse a las familias monoparentales en el art 5.8⁵¹ de la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio 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 2010/18/UE del Consejo⁵², en relación con su considerando 37⁵³. Asimismo, se pregunta si la normativa de la UE incluye la obligación

⁵⁰ El Contencioso se expresa sobre la misma puesto que la recurrente, solicita su no aplicación por haberse dictado en otro orden jurisdiccional.

⁵¹ “Los Estados miembros evaluarán la necesidad de adaptar las condiciones de acceso y las modalidades detalladas de la aplicación del permiso parental a las necesidades de los progenitores adoptivos, los progenitores con una discapacidad y los progenitores que tengan hijos con una discapacidad o con una enfermedad de larga duración”.

⁵² DOUE L188 de 12/7/2019

⁵³ “No obstante el requisito de evaluar si las condiciones de acceso al permiso parental y las modalidades detalladas del mismo deben adaptarse a las necesidades específicas de los progenitores en situaciones particularmente adversas, se anima a los Estados miembros a que valoren si las condiciones y las modalidades detalladas de ejercicio del derecho al permiso parental, el permiso para cuidadores y las fórmulas de trabajo flexible deben adaptarse a necesidades específicas, por ejemplo, familias monoparentales, padres adoptivos, progenitores con discapacidad, progenitores que tienen hijos con discapacidad o enfermedades graves o crónicas, o progenitores en circunstancias particulares, tales como las relacionadas con nacimientos múltiples o prematuros”.

de prever un marco legal ajustado a las necesidades específicas de las familias monoparentales en materia de conciliación de la vida familiar y profesional.

El problema en cuestión llegó a los tribunales tras la demanda interpuesta por Doña C.C.C. ante el INSS y la TGSS. La actora, trabajadora por cuenta ajena del Régimen General de la Seguridad Social, fue madre biológica de un menor nacido el 5 de noviembre de 2021, con quien forma una familia monoparental. Solicitó la prestación por nacimiento y cuidado del menor, cumpliendo los requisitos; y el INSS le reconoció la misma por una duración de 16 semanas, desde el 5/11/2021 hasta el 24/02/2022. La demandante, discrepante con la duración reconocida, presentó una nueva solicitud ante el Instituto solicitando una ampliación del permiso, ateniéndose a su condición de familia monoparental y argumentando que la normativa española discrimina a los hijos nacidos en este tipo de familias. Denegada la solicitud, la madre presentó demanda ante el Juzgado de lo Social correspondiente, que optó por presentar una cuestión prejudicial ante el TJUE. Concretamente, se trata de dilucidar si la omisión en la normativa española (art. 48 ET y arts. 177-179 LGSS) de unas cláusulas que impliquen la valoración de la situación específica de las familias monoparentales cumple con las disposiciones de la Directiva (UE) 2019/1158; concretamente, en lo que se refiere al artículo 5.8 en relación con el considerando 37 de la misma.

En primer lugar, se plantea las dudas surgidas sobre el respeto de la normativa comunitaria por parte de la legislación nacional. En efecto, si la omisión en los citados artículos 48.4 del ET y 177-179 de la LGSS de unas cláusulas que conlleven a una valoración de las necesidades concretas de una familia monoparental respecto a las biparentales en el campo de la conciliación de la vida familiar y laboral es respetuosa con la Directiva. Es decir, si se respeta la valoración de la situación especial del nacimiento del menor en una familia monoparental impuesta por la Directiva, ya que el nacido en una familia monoparental no resultaría beneficiario de la atención y cuidados que en una familia de dos progenitores podrían brindarle al tener ambos progenitores acceso (o expectativas de tenerlo) al descanso retribuido, en caso de cumplir las condiciones de acceso.

Y en segundo lugar, se consulta si ante la ausencia de previsión normativa específica en la legislación nacional “los requisitos del disfrute del descanso laboral por nacimiento de un hijo/a, las condiciones de acceso a la prestación económica de la Seguridad Social y el régimen de disfrute del permiso parental y, en particular, la posible ampliación de la duración del mismo por ausencia de otro/a progenitor/a distinto/a de la madre biológica que dispense cuidados al menor” deben interpretarse de manera flexible según la normativa de la Unión.

No obstante, el TJUE mediante sentencia del 16 de mayo de 2024 ha declarado que la petición de decisión prejudicial es inadmisibles, ya que las disposiciones del Derecho de la Unión sobre las que se realiza la consulta interpretativa no son aplicables *ratione materiae* ni *ratione temporis* a las circunstancias del litigio principal, y se tratan de carácter hipotético. A saber, no entra en el fondo del asunto, ya que no se dan por cumplidos los requisitos procesales.

Parece que el juzgado remitente no ha explicado adecuadamente el motivo de la solicitud de interpretación del artículo 5 de la Directiva 2019/1158, que regula el permiso parental, y los artículos 48.4 ET y 177-179 LGSS, que regulan el permiso de maternidad o paternidad. Y es que el Tribunal realiza una clara diferencia entre el permiso parental y el de paternidad/maternidad, cada uno con finalidades específicas y definiciones distintas

en el Derecho de la Unión. El primero de ellos se refiere a la ausencia del trabajo durante cuatro meses a la que pueden acogerse los trabajadores que sean progenitores por motivo del nacimiento o la adopción de un hijo, para cuidar de este, y que debe disfrutarse antes de que el hijo alcance una determinada edad, como máximo ocho años (arts. 3.1.b. y 5 de la Directiva (UE) 2019/1158). Y el permiso de maternidad/paternidad, por su parte, corresponde a la ausencia del trabajo durante diez días laborables a la que pueden acogerse los padres o, cuando y en la medida en que esté reconocido por la legislación nacional, un segundo progenitor equivalente y que debe disfrutarse con ocasión del nacimiento del hijo a fin de facilitarle cuidados (arts. 3.1.a. y 4 de la Directiva (UE) 2019/1158). Es decir, la finalidad de uno no es otra que facilitar a los progenitores el poder ocuparse de su hijo o hija hasta que cumpla 8 años y la del segundo, asegurar la protección biológica de la mujer y las especiales relaciones con el menor durante el periodo que sigue al embarazo y al parto sin que “la acumulación de cargas que deriva del ejercicio simultáneo de una actividad profesional perturbe dichas relaciones”. Ante esta tesitura, el TJUE dirigió al juzgado remitente una petición para aclarar si su consulta versaba sobre un permiso de maternidad, un permiso de paternidad o un permiso parental. No obstante, a juicio del Tribunal, el Juzgado de lo Social no clarificó suficientemente la relación entre el litigio y la interpretación de la normativa comunitaria solicitada, o, en otras palabras, no se ha acreditado que el artículo 5 de la Directiva 2019/1158 sea aplicable *ratione materiae* al litigio principal.

Por otro lado, la fecha de solicitud de ampliación del permiso de maternidad (22 de febrero de 2022) así como el eventual periodo del mismo (a iniciar el 24 de febrero del mismo año) preceden a la fecha límite de transposición de la normativa al Derecho interno, el 2 de agosto de 2022 (art. 20.1 de la Directiva (UE) 2019/1158). Es decir, tampoco resulta aplicable *ratione temporis* a la cuestión.

4.5. La Sentencia 140/2024 del Tribunal Constitucional

La declaración de inadmisión por parte del TJUE ha evitado aportar luz al debate abierto en nuestro derecho interno sobre la posibilidad de acumular prestaciones, por lo que el siguiente paso que corresponde es el de conocer cuál ha sido la respuesta que recientemente ha ofrecido el TC ante la controversia planteada. Y es que, es sabido que en fechas cercanas el TC mediante la Sentencia 140/2024, de 6 de noviembre⁵⁴, ha resuelto una cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña el 10 de octubre de 2023 ante el Tribunal Constitucional.

No obstante, no es la primera vez que se acude al tribunal de garantías para que se pronuncie al respecto. En efecto, el 23 de mayo de 2023 la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco planteó una cuestión de inconstitucionalidad⁵⁵ respecto al art. 177 LGSS, art. 48.4 ET y en su caso, art 49.a) y c) TREBEP.

La citada cuestión tiene sus antecedentes en el litigio iniciado por Dña. Ainhoa Kortabitarte, trabajadora de la administración vasca, que tuvo una hija el 4 de septiembre de 2021 con la cual formó una familia monoparental. Consecuentemente, el INSS reconoció su prestación y permiso de maternidad por un plazo de 16 semanas, tras el cual la demandante solicitó la revisión de la resolución y el reconocimiento de las 16 semanas

⁵⁴ ECLI:ES:TC:2024:140

⁵⁵ Vid. Auto del Tribunal Constitucional N.º 446/2023, de 27 de septiembre de 2023 (ECLI:ES:TC:2023:446A)

adicionales que le hubiesen correspondido al otro progenitor en caso de existir. El Instituto denegó la pretensión alegando que el citado permiso es un derecho de carácter individual e intransferible. La madre interpuso demanda ante el Juzgado de lo Social N.º 4 de Bilbao, que estimó su demanda, y el asunto terminó en manos del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco tras el Recurso de Suplicación del INSS.

Durante la tramitación del citado recurso, la Sala de lo Social del TS unificó doctrina (mediante la mencionada STS 169/2023, de 2 de marzo de 2023); y la Sala vasca acordó plantear una cuestión de inconstitucionalidad *ex auto* de 23 de mayo de 2023. En el mismo, detalla los preceptos de inconstitucionalidad respecto a la Carta Magna, los cuales gravitan en torno a la discriminación para con las familias monoparentales, “mayoritariamente integradas por mujeres”. A la luz de esta premisa general, procede a exponer los fundamentos específicos que sustentan la cuestión.

- a) La normativa nacional vulnera el art. 39.2 CE en relación con los textos nacionales e internacionales que establecen el interés superior del menor. La regulación de los permisos discrimina a los hijos de familias monoparentales respecto a las biparentales, ya que no tienen los mismos derechos, en contra de la equiparación prevista en el citado precepto constitucional.
- b) El progenitor monoparental no puede cumplir en toda su extensión su obligación de prestar asistencia de todo orden a los hijos (art 39.3 CE), y, por lo tanto, insiste en la discriminación de los hijos e hijas de las familias monoparentales prohibida por el mencionado artículo.
- c) El legislativo no ha incorporado los acuerdos internacionales que obligan a tener en cuenta el interés superior del menor, en contra del art. 39.4 CE.
- d) La normativa solo protege al modelo tradicional de “familia mediterránea”, dejando fuera a las familias monoparentales, incumpliendo así la obligación de asegurar “la protección social, económica y jurídica de la familia” (art. 39.1 CE), en el marco de la discriminación a este tipo de familias.
- e) La exclusión de las familias monoparentales en la ampliación del permiso vulnera la prohibición de discriminación del art. 14 CE. Además, como la mayoría de estas familias se encuentra encabezada por una mujer, se trataría a su vez de una discriminación indirecta, ya que perpetúa una “inercia sexista de modelos patriarcales cuasipasados” en lugar de “prescindir de estereotipos”.
- f) En último lugar, argumenta una transgresión del art. 41 CE: “los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad”. Para el TSJ no son admisibles las referencias a una posible “omisión” u “olvido” del legislativo, sino más bien un “silencio consciente que sigue beneficiando los “modelos hegemónicos del varón mermando las oportunidades de la mujer”, puesto que regula las familias monoparentales en la prestación no contributiva y no en la contributiva, agravando la condición de la mujer en contra del mandato constitucional.
- g) Por otro lado, el alto tribunal vasco descarta los motivos de índole económico relacionados con la limitación del gasto o el equilibrio de caja, elemento que ya fue incluido en el Real Decreto-Ley 6/2019, que introdujo la nueva regulación ahora cuestionada, cuando explicó que “en la medida que la redefinición de las prestaciones supone un aumento del gasto, la ampliación de la acción protectora se atenderá cuando fuera necesario con fondos procedentes del Estado para mantener la sostenibilidad del sistema de la Seguridad Social”.

No obstante, pese a la relevancia de la litis, el máximo órgano jurisdiccional español no se ha podido pronunciar sobre el fondo del asunto, ya que en la tramitación se han cercenado los derechos procesales⁵⁶. Por lo tanto, en esta ocasión el fondo de la cuestión se queda sin resolver.

De modo que, tal y como hemos adelantado, analizaremos de manera sucinta la reciente Sentencia del TC número 140/2024, fechada a seis de noviembre de 2024, que bien merece un análisis futuro más detallado⁵⁷ y dirime la cuestión de inconstitucionalidad presentada por la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña mediante auto del 10 de octubre de 2023⁵⁸. La cuestión que ha motivado el litigio tiene su origen en la presentación de demanda el 4 de enero de 2022 en materia de prestaciones por nacimiento y cuidado del menor contra el INSS y la TGSS. Su recorrido es similar al de conflictos anteriores: la madre, cabeza de familia monoparental, solicita prestación acumulada por nacimiento y cuidado del menor, pretensión desestimada por el Instituto, por lo que interpone demanda ante el JS N.º 34 de Barcelona aludiendo una vulneración del art. 14 CE en relación con la normativa internacional, comunitaria y nacional aplicable que hemos venido mencionando. El Juez estimó la demanda, haciendo suyo el argumentario de la Sala de lo Social del STSJ del País Vasco de 6 de octubre de 2020, con base en una discriminación del menor en función de su estructura familiar, así como de la mujer – predominante en las familias monoparentales – por razón de sexo y vinculada al ejercicio de sus derechos relacionados con la conciliación laboral y familiar. En este sentido, reconoce el derecho de la actora a percibir la prestación por nacimiento y cuidado durante el plazo de 32 semanas:

El estar en la interpretación y aplicación de la norma a la pura letra de la Ley (y no estar a su espíritu y finalidad e interpretación conforme a la Constitución y, en concreto, al derecho fundamental a la igualdad y no discriminación), y no reconocer a un/a progenitor/a en familia monoparental la suspensión del contrato de trabajo, y el correlativo derecho a la percepción de las prestaciones económicas de nacimiento y cuidado de menor, acumulando el plazo temporal propio con el del otro progenitor, sería verdaderamente una interpretación/aplicación discriminatoria de la Ley, no solo por razón de sexo (para la mujer), habida cuenta de que la mayor parte de las familias monoparentales están constituidas por una madre, sino discriminatorio por razón del estado civil del progenitor y de la condición del menor al no tener más que un progenitor (F.D. 5.2).

Asimismo, el JS sostiene que el disfrute acumulado de ambos periodos, aunque implique un trato diferenciado hacia una familia biparental, se encuentra objetivamente

⁵⁶ El art. 37.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, permite al TC rechazar las cuestiones de inconstitucionalidad “cuando faltaren las “condiciones procesales” requeridas para su planteamiento”. En este caso, la providencia por la que el TSJ del País Vasco recabó el parecer de las partes y del Ministerio Fiscal no ha sido respetuosa con la normativa aplicable, ya que comete una indeterminación relativa al no concretar los preceptos constitucionales considerados vulnerados. Además, pese a especificar los preceptos legales cuya constitucionalidad se cuestiona, el auto de planteamiento extendió la cuestión de inconstitucionalidad a preceptos no incluidos en la citada providencia, sobre los cuales las partes no pudieron pronunciarse.

⁵⁷ Vid. Rojo, Eduardo (2024): Examen de la sentencia del TC de 6 de noviembre de 2024. Familias monoparentales: reconocimiento del derecho a suspensión del contrato por nacimiento y cuidado de menor durante 26 semanas, [en línea]. *EL NUEVO Y CAMBIANTE MUNDO DEL TRABAJO. UNA MIRADA ABIERTA Y CRÍTICA A LAS NUEVAS REALIDADES LABORALES* (último acceso: 02/11/2024). Disponible en: <http://www.eduardorjotorrecilla.es/2024/11/examen-de-la-sentencia-del-tc-de-6-de.html>

⁵⁸ Vid. Rojo, Eduardo (2023): El TSJ de Cataluña plantea cuestión de inconstitucionalidad sobre la duración del permiso por nacimiento de menor para familias monoparentales. Notas al auto de 10 de octubre de 2023 (y recordatorio de sus orígenes), [en línea]. *EL NUEVO Y CAMBIANTE MUNDO DEL TRABAJO. UNA MIRADA ABIERTA Y CRÍTICA A LAS NUEVAS REALIDADES LABORALES* (último acceso: 15/10/2024). Disponible en: <http://www.eduardorjotorrecilla.es/2023/10/el-tsj-de-cataluna-plantea-cuestion-de.html>

justificado con el fin de salvaguardar el interés superior del menor en el contexto de una familia monoparental.

Contra la sentencia de instancia, el INSS plantea recurso de suplicación, ante el cual la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña eleva al TC la cuestión de inconstitucionalidad que en el presente analizamos por encontrarse varios preceptos de la normativa laboral y de Seguridad Social (art. 177 LGSS y art 48, apartados 4-5-6 ET) en contradicción con los arts. 14, 39 y 41 CE – en línea con la cuestión planteada por la Sala de lo Social del TSJ vasco analizada *ut supra* –. En resumen, la aplicación literal de estos preceptos colocaría en peor posición tanto al menor nacido en una familia monoparental como a la madre, simplemente por el modelo familiar del que son parte.

Así las cosas, el seis de noviembre de 2024 el Tribunal Constitucional ha declarado inconstitucional que las madres biológicas de familias monoparentales, trabajadoras por cuenta ajena, no puedan ampliar su permiso por nacimiento y cuidado de hijo más allá de 16 semanas. El TC ha estimado así la cuestión de inconstitucionalidad iniciada por la Sala catalana, en lo que atiene a el artículo 48, apartados 4-5-6 ET en relación con el artículo 177 LGSS.

El órgano de garantías considera que no proveer la posibilidad de que la madre biológica extienda su permiso por el periodo que le hubiera correspondido, en su caso, al otro progenitor supone “una omisión sin justificación”. En efecto, si bien es cierto que el legislativo ostenta una considerable libertad para estructurar el sistema de Seguridad Social, en su configuración debe respetar las exigencias constitucionales (arts. 14 y 39 CE). Mediante su omisión en la normativa, introduce una diferencia de trato por razón de nacimiento entre niñas y niños nacidos en familias biparentales y monoparentales, “que no supera el canon de razonabilidad y proporcionalidad”, sin tener en cuenta los efectos negativos que produce en los menores de estas últimas. En este mismo sentido, el Tribunal subraya que corresponde a las Cortes Generales pronunciarse al respecto pero, mientras tanto, la normativa a la que venimos haciendo referencia ha de interpretarse en el sentido de acumular al permiso de la madre biológica (16 semanas) el periodo previsto para el otro progenitor (10 semanas); haciendo suyo el argumentario esgrimido por los Tribunales Superiores de Justicia que excluían las primeras seis semanas por tratarse del periodo obligatorio a disfrutar tras el parto.

La Sentencia cuenta con sendos Votos Particulares, si bien ambos reconocen la necesidad de que las familias monoparentales disfruten de un tratamiento normativo acorde con sus necesidades especiales.

El primero, de naturaleza discrepante, ha sido formulado por el Magistrado D. Ramón Sáez Valcárcel. De manera sintética, el Magistrado se aleja de la opinión mayoritaria del Tribunal ya que considera que la Sentencia incurre en un vicio metodológico a partir de la fijación del *tertium comparationis*. Argumenta que la igualdad – así como la ausencia de ella – es una noción relacional, tal y como lo ha determinado la doctrina constitucional. Por ello, no considera que los supuestos de hecho sean equiparables, ya que lo que regulan los preceptos en liza no son derechos del menor, “sino derechos estrictamente individuales e intransferibles del trabajador por cuenta ajena —cualquiera que sea su sexo—, por más que se reconozcan y ejerzan con motivo del nacimiento de un hijo”. Por lo tanto, la existencia de otras finalidades no debería desvirtuar la intención declarada del legislativo de proteger la salud de la madre trabajadora tras el parto, su indemnidad laboral y su igualdad en el empleo con respecto al padre trabajador.

En el segundo VP, en esta ocasión concurrente, el Magistrado D. Enrique Arnaldo Alcubilla y la Magistrada Dña. Concepción Espejel Jorquera disienten en la parte argumentativa de la sentencia. Así, pese a que comparten el fallo estimatorio de la misma, consideran que la Sentencia sitúa el TC en “una posición de legislador que no le corresponde”. Siguiendo el principio de separación de poderes y la propia doctrina del TC, al tribunal de garantías le compete declarar la conformidad (o la falta de ella) de los preceptos en cuestión, y en su caso, la realización de un requerimiento al órgano legislativo para que lleve a cabo las modificaciones o adaptaciones oportunas. Y es que le corresponde al legislativo la determinación de la duración del permiso, tras una ponderación de los intereses en juego, sirviéndose de su libertad de configuración normativa; y no a los Tribunales.

Con esta sentencia, a expensas de un futuro análisis en profundidad del texto, el Tribunal Constitucional se aleja del argumentario esgrimido por la Sala de lo Social del TS y se alinea con las tesis defendidas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, superando así las sensibles diferencias interpretativas en el seno del Tribunal Supremo.

5. A modo de conclusión: los retos de futuro

Como hemos podido apuntar en las líneas anteriores, nos encontramos frente a un caso complejo, situado en una concurrencia de intereses contrapuestos y que no cuenta con una solución sencilla. Y es que nuestro marco normativo tiene un gran reto por delante, que no es otro que adecuarse a las nuevas realidades familiares, y en concreto, el de las tipologías familiares que necesitan de una mayor protección social. Es un hecho que las familias monoparentales en general sufren un mayor riesgo de pobreza y exclusión social, situación que una sociedad avanzada de un país democrático y social de derecho como el nuestro no se puede permitir.

En efecto, no deja de sorprendernos el posicionamiento asumido por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en su Sentencia N.º 169/2023. En síntesis, el Tribunal se alejaba del criterio que había venido manteniendo en pronunciamientos anteriores, en los que sí ha fallado teniendo en cuenta el interés superior del menor en conjunción con el prisma de la perspectiva de género, dejando a un lado los preceptos constitucionales y textos comunitarios e internacionales, especialmente mencionados en anteriores apartados. Y es que en otros casos como en el de la maternidad subrogada, pese a tratarse de situaciones distintas, en el fondo nos encontramos ante sendos casos de reconocimiento judicial de permisos y prestaciones que no se encuentran explícitamente reguladas. En estos casos, la Sala sí ha tenido en consideración la prevalencia del interés superior del menor, tal y como explica el Magistrado D. Ignacio García-Perrote en su VP, incluso situándolo sobre el criterio de la igualdad de género y los Derechos Humanos; y el Tribunal se inmiscuye en la creación de una nueva prestación que no se encuentra explícitamente regulada, lo contrario al argumentario esgrimido en el caso de las familias monoparentales.

Pero sorprende más aún el pronunciamiento antagónico que la Sala de lo Contencioso-Administrativo dio a conocer el pasado 18 de octubre de 2024. En efecto, para las y los magistrados de lo Contencioso-Administrativo la normativa aplicable (en su caso, TREBEP) es un claro ejemplo de discriminación hacia los menores nacidos en el seno de una familia monoparental, y ante la ausencia de regulación expresa de la acumulación, entienden que han de realizar y ven factible una interpretación favorable

hacia el interés superior del menor⁵⁹ en línea con la Constitución Española y los diferentes textos nacionales e internacionales de aplicación. Dos criterios totalmente opuestos en el seno del mismo Tribunal Supremo.

Ahora, el Tribunal Constitucional ha tratado de dar respuesta a la cuestión, a través de una sentencia especialmente interesante tras los pronunciamientos de las Salas de lo Social y lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y la inadmisión por parte del TJUE de la cuestión prejudicial, que no habían hecho más que aumentar el debate sobre la acumulación de la prestación por nacimiento y cuidado del menor en el caso de las familias monoparentales. Así, el TC ha seguido la línea interpretativa esgrimida por la Sala de lo Social del TSJPV en 2020 y Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS en 2024, si bien es cierto que considerando su gran trascendencia tanto jurídica como social, resulta patente la necesidad de un futuro análisis más pormenorizado de la Sentencia.

Sea como fuere, el legislativo tiene aún camino para (re)configurar la Ley de Familias, incluyendo a todas las realidades sociofamiliares palpables en el siglo XXI. Se precisa – y parece factible – una regulación que haga frente al actual vacío legal en torno a la configuración de las familias monoparentales, que determine qué personas y bajo qué circunstancias pueden acceder a determinados permisos y prestaciones. Especialmente, teniendo en consideración la primacía del interés superior del menor para, junto con la perspectiva de género, regular los aspectos de acceso y reconocimiento del permiso y la prestación por nacimiento y cuidado del menor en estos casos.

Asegurando que los menores de familias monoparentales y sus madres (y padres) tienen la máxima protección respecto a sus derechos de conciliación y cuidados, seguiremos avanzando en la igualdad y la erradicación de la pobreza.

6. Bibliografía

ALMEDA SAMARANCH, Elisabet; DINELLA, Dino (2014) *Entre la ley y la experiencia. Nociones y redes de familias monoparentales*, Colección Familias monoparentales y diversidad familiar, N.11, (Las familias monoparentales a debate, Vol III).

ÁLVAREZ CORTÉS, J. Carlos; MONCADA GARCÍA, Rocío (2023) “Las familias “monomarentales” y duración de la prestación por nacimiento y cuidado de menor: ¿una oportunidad perdida?”, *Temas Laborales*, núm. 167/2023.

ANDREU MARTÍNEZ, M.^a Belén; MARTÍNEZ GAYOSO, Nieves (7-11 de marzo de 2022) *Familias monoparentales y permiso por nacimiento: ¿Son el interés superior del menor*

⁵⁹ En esta misma línea se pronunció el Consejo General del Poder Judicial el 4 de febrero de 2021, a través de la Nota de Prensa titulada “El CGPJ avala que una magistrada progenitora única acumule los permisos por nacimiento que la ley prevé para familias biparentales”. Si bien subraya que la ley sólo permite la transmisión del derecho de disfrute de estos permisos de un progenitor a otro cuando fallece la madre biológica, el CGPJ entiende que, “de acuerdo con la Constitución y los tratados internacionales, dicha opción es aplicable a casos como el analizado para proteger el interés superior del menor”. Y añade que, aunque no se contemple tal transmisión en la ley, entiende que, de acuerdo con la CE y los tratados internacionales, dicha opción es aplicable a los casos de las familias monoparentales. Es decir, el órgano de gobierno de los y las juezas, pese a no disponer de función jurisdiccional, se alinea con las tesis a favor del reconocimiento y se aleja del criterio de la Sala de lo Social del TS. Vid. Nota de Prensa del CGPJ del 4/02/2021. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/ca/Poder-Judicial/En-Portada/El-CGPJ-avala-que-una-magistrada-progenitora-unica-acumule-los-permisos-por-nacimiento-que-la-ley-preve-para-familias-biparentales> (último acceso: 22/10/2024).

y la corresponsabilidad incompatibles? [Comunicación en congreso]. X Congreso Internacional de Derecho de Familia: “Nuevas orientaciones legales jurisprudenciales en el Derecho de Familia y de la discapacidad”, Universidad de Valencia (Grupo de Investigación Permanente “Persona y Familia”-GIUV 2013-1) e Instituto de Derecho Iberoamericano. Disponible en: <https://idibe.org/tribuna/familias-monoparentales-permiso-nacimiento-interes-superior-del-menor-la-corresponsabilidad-incompatibles/>

ARRIETA IDIAKEZ, Francisco Javier (2024) “Argumentos a favor y en contra de la acumulación de los permisos de nacimiento y de cuidado de menor recién nacido en las familias monoparentales a la luz de la jurisprudencia existente. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2023”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 68.

ASOCIACIÓN DE MADRES SOLTERAS POR ELECCIÓN (2021), *Queja ante el defensor del pueblo por vulneración de los derechos de las familias monoparentales y de sus hijos e hijas con la reforma del sistema de permisos parentales introducida por el RDL 6/2019 de medidas urgentes para garantía de La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación*. Disponible en: https://madressolterasporeleccion.org/wp-content/uploads/2021/02/Queja-permisos-parentales_AMSPE-1.pdf. (último acceso: 15/10/2024).

ASOCIACIÓN DE MADRES SOLTERAS POR ELECCIÓN (sf) *Ley de Familias*. Disponible en <https://madressolterasporeleccion.org/ley-de-familias/> (último acceso: 15/10/2024).

ASOCIACIÓN DE MADRES SOLTERAS POR ELECCIÓN (sf) *Permisos familias monoparentales* <https://madressolterasporeleccion.org/permisos-familias-monoparentales-socias/> (último acceso: 15/10/2024).

BALLESTER PASTOR, María Amparo (2019) “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.

BENITO BENÍTEZ, M. Angustias (2021) “La protección de la maternidad y de la corresponsabilidad”, *Trabajo y derecho*, N° 74.

BOLETÍN OFICIAL DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS de 14 de enero de 2022.

BOGONI, Milena (2023) “Familias monomarentales y nueva Ley de Familias: el largo camino hacia el reconocimiento de sus derechos de conciliación”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, n. 155.

CABELLO ROLDÁN, Aída (2023) “La protección social de las familias monoparentales en España”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 11, n. 2.

CAMPILLO POZA, Inés (2019) *Políticas de conciliación de la vida laboral, personal y familiar en la Unión Europea*; Informes UNAF, Unión de Asociaciones Familiares.

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS (2024) *Proyecto de Ley de Familias 121/000011*; Boletín Oficial de las Cortes Generales N.º 11-1. Disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L15/CONG/BOCG/A/BOCG-15-A-11-1.PDF

CONSEJO DE MINISTROS DEL GOBIERNO DE ESPAÑA (2024) *Referencia del Consejo de Ministros de 27/02/2024*. Disponible en <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeminstros/referencias/Paginas/2024/refc20240227.aspx#familias> (último acceso: 15/10/2024).

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (02/06/2021) *El CGPJ avala que una magistrada progenitora única acumule los permisos por nacimiento que la ley prevé para familias biparentales*. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/ca/Poder-Judicial/En-Portada/El-CGPJ-avala-que-una-magistrada-progenitora-unica-acumule-los-permisos-por-nacimiento-que-la-ley-preve-para-familias-biparentales> (último acceso: 21/10/2024).

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (18/10/2024) *El Tribunal Supremo reconoce el derecho de las familias monoparentales a doblar el permiso de maternidad para evitar la discriminación de los recién nacidos*. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-reconoce-el-derecho-de-las-familias-monoparentales-a-doblar-el-permiso-de-maternidad-para-evitar-la-discriminacion-de-los-recien-nacidos> (último acceso: 21/10/2024)

DIARIO OFICIAL DEL SENADO de 8 de febrero de 2023.

DIAZ MORDILLO, María Alexandra “Seguridad Social y familia monoparental: los inconvenientes de una protección inacabada”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF 473.

DIAZ MORDILLO, María Alexandra (2023) “Seguridad Social y familia monoparental: los inconvenientes de una protección inacabada”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF 473.

ELA EUSKAL SINDIKATUA (2024) *Reclamación N. 239/2024, Confederación Sindical ELA v. Spain*.

EUROPEAN ANTI POVERTY NETWORK (2024) *El Estado de la Pobreza. Seguimiento de los indicadores de la Agenda UE 2030*, 14º informe, Madrid. Disponible en: https://www.eapn.es/estadodepobreza/ARCHIVO/documentos/Informe_AROPE_2024_completo.pdf

EUROFOUND (2018) *Striking a balance: Reconciling work and life in the EU*, Luxembourg: Publications Office of the European Union.

FEDERACIÓN DE ASOCIACIONES DE FAMILIAS MONOPARENTALES (2021) *Microdatos demográficos de las familias monoparentales en las estadísticas*, Estudios Fams. Disponible en: <https://familiasmonoparentales.es/wp-content/uploads/2021/07/Analisis-microdatos-FAMS1.pdf>

FEDERACIÓN DE ASOCIACIONES DE MADRES SOLTERAS (2022) *Anteproyecto de Ley de Familias*. Disponible en: <https://familiasmonoparentales.es/wp-content/uploads/2023/03/Aportaciones-APL-FAMS.pdf> (último acceso: 15/10/2024).

FEDERACIÓN DE ASOCIACIONES DE MADRES SOLTERAS (sf) *Informe de Prioridades al Proyecto de Ley de Familias 121/000151*. Disponible en: <https://familiasmonomarentales.es/wp-content/uploads/2024/03/Prioridades-Ley-de-Familias.pdf> (último acceso: 15/10/2024).

FERRER CORTINES, Óscar (2023) “Perspectiva de género en las prestaciones de seguridad social: comentario a la STS de 02 de marzo de 2023 -recurso 3972/2020- (familias monoparentales)”, *Boletín de la Comisión de Igualdad*, 1, Juezas y Jueces para la Democracia.

GORELLI HERNÁNDEZ, Juan (2019) “Un análisis normativo de la evolución de las políticas de conciliación en la unión europea. De la maternidad a la corresponsabilidad”, *Femeris*, Vol. 7, No. 2.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADISTICA (2020) *Encuesta Continua de Hogares (ECH). Número de hogares monoparentales según sexo, edad y estado civil del progenitor*. Disponible en: https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176952&menu=resultados&idp=1254735572981 (último acceso: 21/10/2024).

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADISTICA (2023) *Encuesta de condiciones de vida 2023. Hogares con carencia material por tipo de hogar*. Disponible en: <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=9974> (último acceso: 21/10/2024).

LOPEZ-CONDE, Nazaret; MORENO PARRA, L. Viviana; VERDE-DIEGO, Carmen (2022) “Revisión conceptual y normativa de las familias monoparentales en España”, *AZARBE Revista Internacional de Trabajo Social y Bienestar*, N.º 11.

MARTÍN JIMÉNEZ, Rocío (2023) *La persona trabajadora cabeza de familia monoparental*, Madrid: Dykinson.

MARTÍN LLAGUNO, Marta; GUIRAO MIRÓN, Cristina (2013) “El marco jurídico de la conciliación. Revisión de las políticas de conciliación en España desde 1999 hasta 2009”, *Portularia*, Vol. XIII, N.º 1.

MATEOS ALONSO, Roberto (2023) “El derecho adicional a la prestación por nacimiento y cuidado de menor en las familias monoparentales”, *Revista de Derecho Laboral vLex*, 10.

PARLAMENTO EUROPEO (2014): Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y la política de la Unión Europea al respecto (2015/2229(INI)), disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2015-0344_ES.pdf

SUMAZA RODRIGUEZ, Carmen; LUENGO RODRÍGUEZ, Tomasa (2003) Un análisis del concepto de familia monoparental a partir de una investigación sobre núcleos familiares monoparentales. *Papers: revista de sociología*, (69), Universitat Autònoma de Barcelona.

VIVERO SERRANO, Juan Bautista (2024) “El difícil oficio de laboralista en tiempos de activismo judicial. Las familias monoparentales como ejemplo”, *Diario La Ley*, 10603.