

Familias monoparentales y permiso por nacimiento y por cuidado de hijo o menor. Oportunidad de los pronunciamientos de las dos salas del Tribunal Supremo

Single-parent families and leave for birth and care of a child or minor. Timeliness of the pronouncements of the two chambers of the Supreme Court

M. Begoña García Gil

*Profesor TU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Rey Juan Carlos*

ORCID ID: 0000-0003-1282-9687

Recibido: 5/11/2024

Aceptado: 14/11/2024

doi: 10.20318/labos.2024.9123

Resumen: Estudio y análisis comparativo de los argumentos jurídicos que las Sala de lo Social y la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo han utilizado para dictar sentencias contrarias respecto del permiso por nacimiento o por cuidado de hijo menor en el caso de familias monoparentales. A los efectos de la posible acumulación en el progenitor del permiso del otro progenitor si existiera como sucede en las familias biparentales.

Palabras clave: Monoparentalidad, acumulación y disfrute de los dos permisos de paternidad en un solo progenitor, límites y deberes en la interpretación judicial.

Abstract: Study and comparative analysis of the legal arguments that the Labour Chamber and the Contentious Administrative Chamber of the Supreme Court have used to issue contrary rulings regarding leave for the birth or care of a minor child in the case of single-parent families. For the purposes of the possible accumulation in the parent of the permission of the other parent if it exists, as is the case in two-parent families.

Keywords: Single-parent, accumulation and enjoyment of the two paternity leaves in a single parent, limits and duties in the judicial interpretation.

1. Introducción

La cuestión objeto de análisis se refiere al permiso por nacimiento y por cuidado por hijo o menor que conforme a la configuración normativa de del Estatuto de los Trabajadores (ET), artículos 45.1.d) y 48, el Real Decreto-ley 6/2019, de Medidas urgentes para garantizar la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo

y la ocupación y la Ley 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, a los efectos de realizar un análisis comparativo de los pronunciamientos de la Sala de lo Social¹ y de la Sala de lo Contencioso Administrativo² del Tribunal Supremo (TS) cuyos fallos son opuestos.

Tras la equiparación de los permisos por nacimiento y cuidado de hijo, operada por RD-ley 6/2019, de 1 de marzo, cada uno de los progenitores, adoptantes o guardadores con fines de adopción de las familias biparentales puede ejercer este derecho indistintamente, con la misma duración y sin posibilidad de transferencia.

Con el objetivo de impulsar la corresponsabilidad se unifican prestaciones de maternidad y paternidad para avanzar en la igualdad de trato entre hombres y mujeres y no discriminación por motivos familiares.

La reforma operada se produce mediante un periodo transitorio de tres años (de 2019 a 2021), previsto en la Disposición transitoria 13^a del ET, desde el día uno de enero de 2021, cada uno de los progenitores tiene derecho a dieciséis semanas de descanso (o el tiempo superior que corresponda en supuestos de ampliación por parto o adopción múltiple, discapacidad del hijo y, en su caso, hospitalización), siendo las seis primeras semanas de carácter obligatorio, tanto para los hombres como para las mujeres. Con el mismo propósito, las dos semanas adicionales establecidas en casos de parto o adopción múltiple o discapacidad del menor deben repartirse equitativamente.

La suspensión del contrato de trabajo tendrá una duración de dieciséis semanas para cada progenitor, adoptante, guardador o acogedor. Seis semanas deberán disfrutarse a jornada completa de forma obligatoria e ininterrumpida inmediatamente después del hecho causante. Las diez semanas restantes se podrán disfrutar en períodos semanales, de forma acumulada o interrumpida hasta que el menor cumpla doce meses.

Cabe la ampliación de la duración cuando se produzca situación de parto múltiple añadiendo 2 semanas adicionales por cada hijo a partir del segundo. En el caso de discapacidad del hijo o menor acogido se añaden 2 semanas adicionales para cada progenitor. En el supuesto de hospitalización prolongada del neonato se pueden ampliar hasta 13 semanas adicionales.

En ningún caso un mismo menor dará derecho a varios períodos de suspensión en la misma persona trabajadora ya que como indica la redacción del artículo 48 del ET: “Este derecho es individual de la persona trabajadora sin que pueda transferirse su ejercicio al otro progenitor”.

El disfrute de cada período semanal o, en su caso, de la acumulación de dichos períodos, deberá comunicarse a la empresa con una antelación mínima de quince días. La suspensión de estas diez semanas se podrá ejercitar en régimen de jornada completa o a tiempo parcial, previo acuerdo entre la empresa y la persona trabajadora afectada, en los términos que reglamentariamente se determinen. En los supuestos de adopción internacional, cuando sea necesario el desplazamiento previo de los progenitores al país

¹ STS Sala de lo Social, 2 de marzo, número 169/2023.

² STS Sala de lo Contencioso Administrativo, 15 de octubre, número 4948/2024.

de origen del adoptado, el periodo de suspensión previsto para cada caso podrá iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituye la adopción.

Por tanto, se trata de una suspensión contractual que cumplidas las exigencias normativas opera *ope legis* y permite la cesación de las obligaciones mutuas básicas del contrato de trabajo –prestación salarial por prestación de servicios– pudiendo reincorporarse las personas trabajadoras al finalizar el periodo de suspensión.

La actual regulación se construye con el objeto de fomentar la corresponsabilidad entre ambos progenitores y facilitar la conciliación de la vida laboral y familiar. Con una duración de 16 semanas para cada uno, garantiza que los trabajadores puedan atender adecuadamente al nuevo miembro de la familia sin perder derechos laborales ni económicos.

Debemos poner de relieve, por la importancia que reviste en este análisis que, el TS³ ya se pronunció sobre la corresponsabilidad con el resto de los permisos disponibles para ambos progenitores respecto de un supuesto en el que el hijo se encontraba gravemente enfermo. El TS reconoció el derecho de ambos progenitores a disfrutar del permiso de manera conjunta, cuando sea posible, para garantizar el mayor cuidado al menor. La clave de esta decisión fue la consideración del interés superior del menor y la corresponsabilidad de ambos progenitores en el cuidado del niño, abogando por la interpretación favorable de los derechos de conciliación.

Hasta el momento, la acomodación de este permiso respecto de las familias monoparentales solo consiste en que el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)⁴ ha establecido que las familias con un solo progenitor o progenitora tienen derecho a disfrutar de las dos semanas adicionales de permiso retribuido por nacimiento y cuidado de hijo o menor con discapacidad o en caso de parto, adopción o acogimiento múltiple, y no solo de una⁵.

Sobre esta premisa general el objeto de este estudio es analizar las posturas diferenciadas que respecto a este derecho de las personas trabajadoras en caso de tratarse de un progenitor monoparental comparando principalmente las sentencias de la Sala de lo Social y de la Sala del Contencioso Administrativo del TS que ya adelanto son contrarias.

En las dos sentencias, con fallos contradictorios, se resuelve la cuestión de si en caso de ser una familia monoparental es posible que, una vez disfrutada la correspondiente suspensión del contrato y prestación por nacimiento y cuidado del hijo, la misma persona beneficiaria pueda solicitar el reconocimiento de una nueva suspensión y prestación por los mismos motivos en esta ocasión por el tiempo que le correspondería al otro progenitor como sucede con las familias biparentales.

³ STS 245/2020, de 17 de junio.

⁴ Criterio del INSS 16/2019, de 13 de julio de 2019 (JUR\2019\251513).

⁵ Véase: GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: “La ampliación de los permisos parentales en familias monoparentales: análisis jurisprudencial.”, Revista de Derecho Social, 97, 2022, págs. 45-60; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.: “Familias monoparentales y derechos laborales: el caso de los permisos por nacimiento y cuidado de menor.”, Actualidad Laboral, 28 (3), 2022, págs. 15-27; MARTÍNEZ MORENO, L.: “El permiso parental en familias monoparentales: ¿una discriminación indirecta?”, Revista Española de Derecho del Trabajo, 242, 2022, págs. 89-104 y SÁNCHEZ TRIGUEROS, J.: “Equiparación de los permisos parentales en familias monoparentales: una necesidad social.”, Cuadernos de Relaciones Laborales, 39(2), 2021, págs. 77-92.

Téngase en cuenta también que se trata de jurisdicciones distintas cuyas competencias se refieren a trabajadores con vinculación diferente.

2. Visión panorámica de la realidad de las familias monoparentales en España

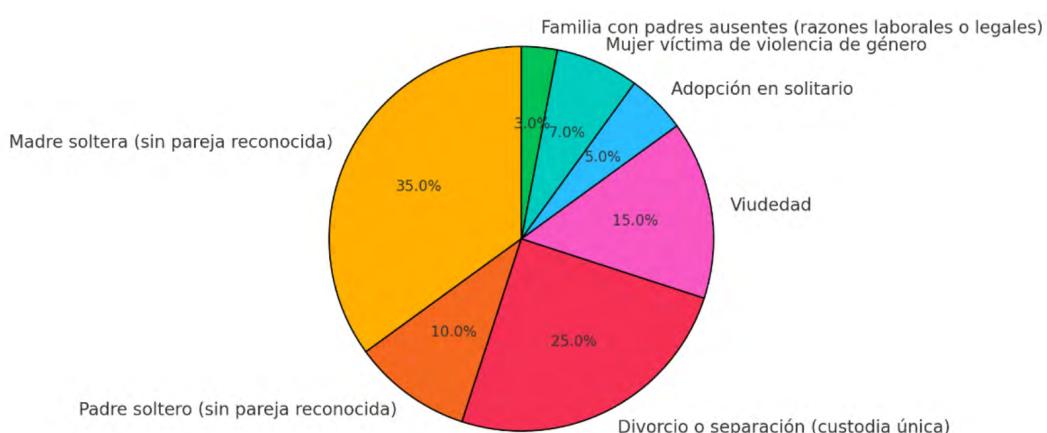
A los efectos de poder ubicar la importancia del reconocimiento de la acumulación del permiso regulado en el art. 48.1 d) del ET para las familias monoparentales tenemos que poner de relieve la situación en la que social y económicamente se encuentran estas familias.

Nos parece importante establecer que, si bien la normativa todavía no tiene en cuenta la situación de los descendientes de familias monoparentales con respecto del ejercicio de sus derechos en la misma situación que en las familias biparentales es indispensable, más pronto que tarde, que los responsables públicos aborden esta cuestión como ya han indicado los especialistas en la materia⁶.

Partimos de la base de que la realidad de la monoparentalidad en nuestro país es una realidad consciente⁷ que afecta a un 10% de las familias españolas .

Aunque es un hecho que la mayoría de las familias monoparentales están encabezadas por mujeres tampoco podemos ignorar las diferentes morfologías que presentan este tipo de familias que, reflejamos en la figura siguiente y que ponen de relieve las diferentes configuraciones que adoptan. No perdiendo de vista la especial consideración al colectivo de mujeres, en concreto, madres solteras, mujeres víctimas de violencia de género, adoptantes en solitario o bien viudas (de los datos correspondientes al año 2020⁸, aproximadamente el 80% de las personas viudas son mujeres, mientras que el 20% son hombres. Esto implica que en nuestra sociedad hay cuatro veces más mujeres viudas que hombres viudos):

Tipos de familias monoparentales en España



Fuente: Elaboración propia.

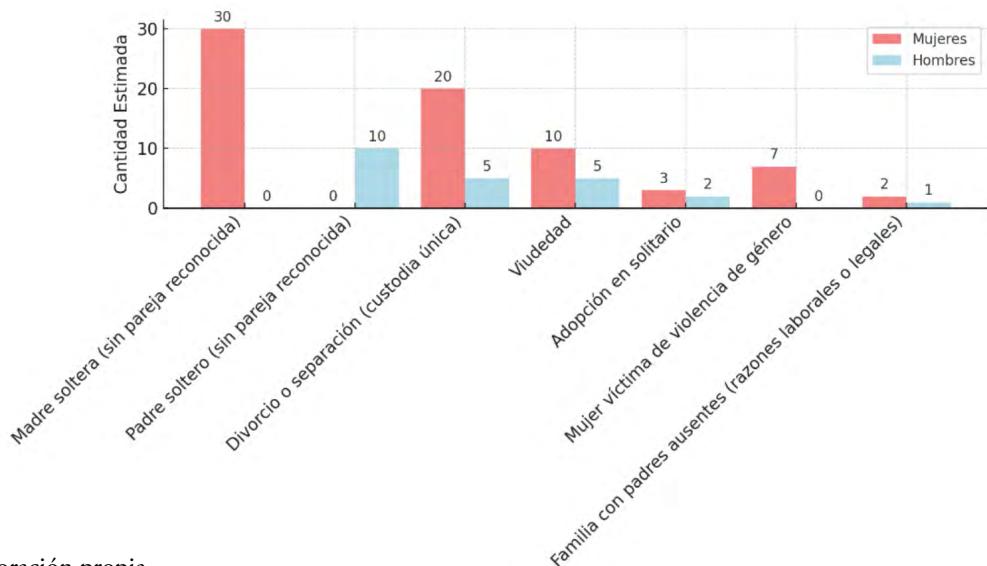
⁶ BLASCO JOVER, C.: “La necesidad de adaptar ciertos derechos personales y familiares a parejas de hecho y núcleos monoparentales”, Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF, 451, 2020, págs. 109-148.

⁷ AAVV La realidad de la monoparentalidad en España: un análisis multidisciplinar (directora M. Begoña García Gil), Sepin, 2022.

⁸ Fuente: INE.

El número de mujeres que son responsables de estas familias es sustancialmente mayor en todas las circunstancias como a continuación se puede observar:

Tipos de familias monoparentales por género.



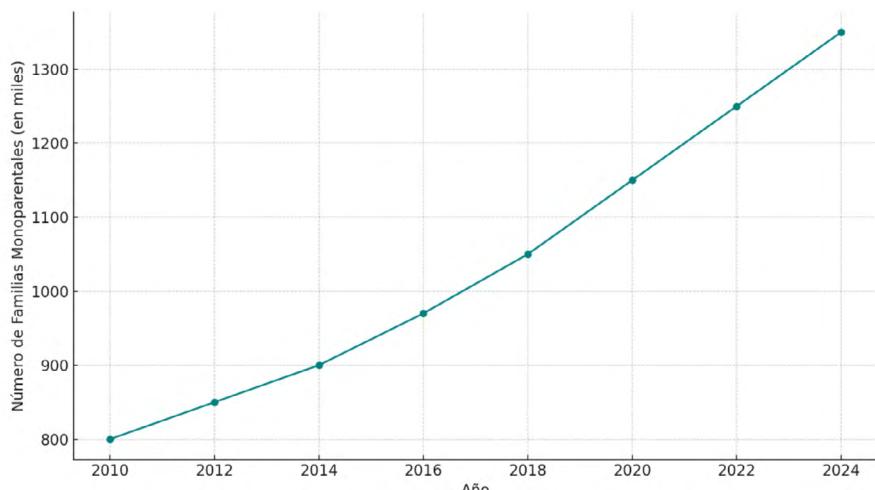
Fuente: Elaboración propia.

La realidad es que las familias monoparentales muestran una clara tendencia al alza en nuestro país, en 2024 alcanzan alrededor de 1,944,800 lo que evidencia la necesidad de modificar algunas normas que pueden resultar claramente perjudiciales por su limitación normativa a los efectos de su aplicación a estas familias.

Estas cifras reflejan cambios en la estructura familiar y en la sociedad española en general ya que representan aproximadamente el 10,4% del total de los hogares, en su gran mayoría encabezadas por mujeres estimándose que implica, como ya hemos indicado, el porcentaje del 80%.

La realidad de estas familias es que tienen serias dificultades para el mantenimiento de su situación económica y social, de entre sus problemas uno de los principales es la

Incremento de familias monoparentales en España (2020-2024).



Fuente: Elaboración propia.

conciliación de la vida profesional, laboral y familiar⁹. Esta situación excepcional, como ya ha indicado la doctrina, debe ser abordada con identidad y sustantividad propia dentro de las políticas sociales (familia, empleo, inclusión social)¹⁰ con el fin de establecer una corresponsabilidad entre el Estado y los progenitores de estas familias¹¹.

Es una evidencia que, en términos generales, la carga de trabajo doméstico y de cuidado no remunerado recae predominantemente en las mujeres, pero en el caso de las familias monoparentales los datos son clarificadores de esta situación ya que alcanza el 80% de los supuestos.

Las políticas de conciliación actuales, aunque buscan fomentar la corresponsabilidad, no están diseñadas específicamente para el contexto de las madres solteras, lo cual implica que estas mujeres se enfrenten a serias dificultades¹² para equilibrar el trabajo remunerado con el cuidado de sus hijos.

Los hombres también se enfrentan a desafíos de conciliación, aunque generalmente cuentan con un mayor apoyo institucional y menos expectativas sociales sobre su rol como cuidadores. Sin embargo, cuando un padre soltero necesita conciliar, suele encontrar menos apoyo en las políticas laborales debido a que muchas de las medidas de conciliación se diseñan pensando en las mujeres.

La desfavorable situación económica de estas familias es, sin duda, un problema incipiente que impacta en la conciliación y en el cuidado de sus hijos. Las mujeres al

⁹ Sobre esta cuestión vid: ALARCÓN CASTELLANOS, M.M.: *Familias monoparentales y relaciones laborales* en AA.VV. *La realidad de la monoparentalidad en España. Un análisis multidisciplinar*, Sepin, 2022, págs. 80 y ss; GONZÁLEZ, M. T. (2015). “Conciliación laboral y familiar en las familias monoparentales: Retos legales”. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, (115), 145-162 y LÓPEZ LÓPEZ, M. T. (2018). “Familias monoparentales y desigualdad de género en el ámbito laboral”. *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 36, págs. 277-295. Y desde una perspectiva más política: GÁLVEZ, L., & RODRÍGUEZ, M.: “Impacto de las políticas de conciliación en las familias monoparentales: Una perspectiva comparada”. *Política y Sociedad*, 57(1), 2020, págs. 123-140.

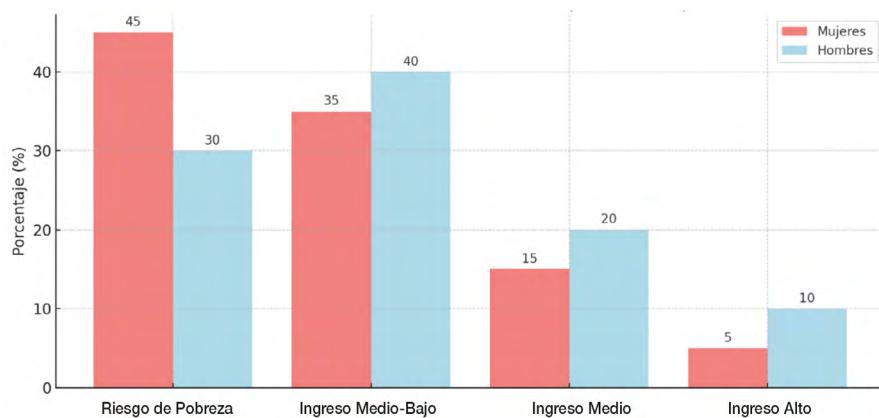
¹⁰ GOÑI SEIN, J.L.: “La familia monoparental: ausencia de atención política y legislativa y su impacto sobre la situación sociolaboral de la mujer”, *Temas Laborales*, núm. 82, 2005

¹¹ Respecto de la materialización del concepto de corresponsabilidad en el caso de las familias monoparentales desarrollando la obligación del Estado en esta materia ver: LÓPEZ LÓPEZ, M. T.: “La corresponsabilidad del Estado en la protección de las familias monoparentales”. *Revista de Derecho de Familia*, 68, 2016, págs. 23-45 donde se analiza la obligación del Estado a los efectos de asumir un rol activo en la protección y apoyo a las familias monoparentales; SÁNCHEZ, M.: “La obligación de corresponsabilidad del Estado frente a las familias monoparentales”. En Gómez, J. (Ed.), *Políticas familiares y derecho*. Madrid, 2017, Marcial Pons, págs. 101-120 se estudian las obligaciones legales y morales del Estado hacia las familias monoparentales y propone reformas legislativas; FERNÁNDEZ, A.: “Corresponsabilidad social y monoparentalidad: desafíos actuales”. *Cuadernos de Trabajo Social*, 32(2), 2019, págs. 211-223, donde realiza un estudio de los desafíos que enfrentan las familias monoparentales y cómo la corresponsabilidad social, incluyendo la del Estado, puede abordarlos; MARTÍNEZ, P.: “La protección jurídica de las familias monoparentales en el derecho español”. *Anuario de Derecho Civil*, 73(1) 2020, págs. 159-182, analiza la legislación española en relación con la protección de las familias monoparentales y las obligaciones estatales correspondientes, entre otros.

¹² AGRA VIFORCOS, B.: “Dificultades para la integración laboral de las familias monoparentales”, en AA.VV.: *La inserción laboral de las mujeres en riesgo de exclusión social*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2015, págs. 65 y ss.

frente de familias monoparentales suelen representar mayores tasas de pobreza (45%) debido a la persistente brecha salarial de género y a una mayor precariedad en el empleo.

Situación económica de las familias monoparentales por género.



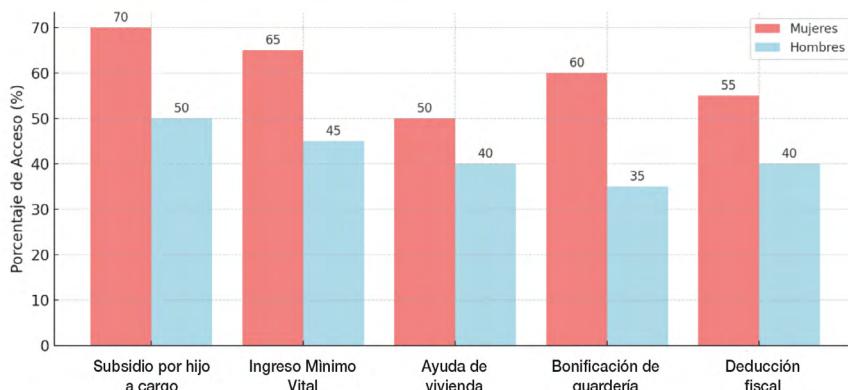
Fuente: Elaboración propia.

Por un lado, las políticas actuales de apoyo económico a estas familias vulnerables, como el Ingreso Mínimo Vital o las ayudas por hijo a cargo, muchas veces no logran cubrir todas las necesidades debido a los bajos umbrales de ingresos exigidos para acceder a estas ayudas. Esto lleva a que muchas mujeres con ingresos bajos queden excluidas de determinadas ayudas. Una aproximación más personalizada y un mayor apoyo a las madres pueden contribuir a mejorar su calidad de vida, promover la igualdad de oportunidades y garantizar el bienestar de sus hijos.

Por otra lado, los hombres responsables de las familias monoparentales suelen tener mejores niveles salariales y mayor estabilidad en el empleo, lo que los sitúa en una mejor posición económica. Sin embargo, el acceso a las prestaciones puede ser complicado, ya que muchas ayudas se diseñan pensando en las mujeres como principales cuidadoras, lo cual puede llevar a una falta de visibilidad de los padres solteros en el sistema de prestaciones.

Es por esta razón por la que, de nuevo, encontramos una importante brecha de género.

Acceso de ayudas para familias monoparentales por género del progenitor.



Fuente: Elaboración propia.

Si observamos la figura, en una primera vista podemos deducir que las mujeres perciben mayor número de ayudas que los hombres, pero si comparamos el número de mujeres cabeza de este tipo de familia respecto a los hombres las cifras resultan beneficiosas para los hombres.

En otro orden de cosas, la situación de desigualdad entre familias monoparentales y biparentales es llamativa en considerables aspectos del entorno familiar como ya hemos ido indicando, principalmente: prestaciones sociales y económicas, beneficios fiscales, acceso a la vivienda, subsidios y ayudas específicas a las familias, falta de reconocimiento de familia monoparental, disparidad de políticas regionales, estigmas sociales, problemas de conciliación y derecho a permisos.

De todos ellos y desde una perspectiva analítica nos vamos a centrar en la posible acumulación del periodo de permiso regulado en el art. 48.1 d) en el caso de las personas progenitoras de familias monoparentales.

3. Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo número 169/2023

A los efectos de realizar un análisis que contemple cronológicamente la materia corresponde abordar, en primer lugar, la STS de la Sala de lo Social 169/2023, de 2 de marzo, relativa al alcance interpretativo que cabe realizar de la nueva regulación laboral y de seguridad social que por motivo de nacimiento y cuidado de menor introduce el RD-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación en el caso de una familia monoparental.

3.1. Resumen del caso

En esta sentencia se plantea el supuesto de una madre biológica de una niña que, siendo la única progenitora y constituyendo, de esta manera una familia monoparental, tras disfrutar de la correspondiente suspensión del contrato por prestación por nacimiento y cuidado de menor, presenta una nueva solicitud ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) a efectos de que le sea reconocida una nueva prestación por los mismos motivos por el tiempo que le correspondería al otro progenitor en caso de tratarse de una familia bipolar.

En contestación a la solicitud presentada por la interesada, el INSS la denegó por lo que interpuso reclamación previa administrativa conforme al artículo 69 de la Ley de Régimen de la Jurisdicción Social(LRJS) que también se desestimó.

La solicitante, seguidamente interpuso la correspondiente demanda ante el Juzgado de lo Social núm. 5 de Bilbao, alegando la existencia de una discriminación por razón de género fundada en la diferencia de trato entre familias monoparentales y biparentales, además de una discriminación por razón de estado civil y por la desprotección provo-

cada al menor por la vulneración normativa en relación con la especial protección a los intereses de éste.

El juzgado de lo social, en resumen, desestimó la pretensión con el argumento principal de que la prestación de nacimiento y cuidado de menor es un derecho intransferible de cada progenitor, por lo que al existir solo uno de ellos no concurría ninguna prestación más.

Recurrido en suplicación el fallo ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) del País Vasco¹³ revocó la sentencia de instancia, declarando el derecho de la demandante a disfrutar de ocho semanas adicionales de prestación por nacimiento y cuidado de menor, condenando al INSS y a la TGSS a su abono.

3.2. Argumentación del TSJ del País Vasco, Sala de lo Social

Los argumentos de la demandante, que fueron acogidos por la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco al estimar el recurso de suplicación presentado, se fundamentan en la apreciación de que la configuración legal de la prestación genera un trato desigual hacia las familias monoparentales en comparación con las biparentales.

La Sala entiende que, de no reconocerse el período adicional de prestación por nacimiento y cuidado de menor, se estaría creando una situación discriminatoria entre los niños nacidos en familias biparentales y aquellos nacidos en familias monoparentales. Esto se debe a que los primeros dispondrían de una mayor intensidad de cuidados, ya que cada progenitor cuenta con una prestación por nacimiento y cuidado de menor, mientras que, en el caso del progenitor de una familia monoparental, sólo se dispone del tiempo de cuidados referido a la prestación que le corresponde a ese único progenitor.

En este caso el TSJ consideró varios aspectos para su fundamentación jurídica.

En primer lugar, valoró que la denegación de la ampliación de la suspensión a los efectos del cuidado del menor del contrato suponía una vulneración de la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño, basándose en el interés superior del menor, en tanto que la atención, cuidado y desarrollo del menor afectado sufrirían una clara merma respecto a aquellos otros que en situación semejante, encuadrados en una familia biparental, reciben.

En segundo lugar, que esto supone discriminación indirecta respecto a la madre trabajadora, cabeza de familia, y a los fundamentos centrales de la conciliación de la vida familiar partiendo de la realidad social de que la mayoría de las familias monoparentales están constituidas por mujeres. Así mismo, porque la redacción del propio art. 48 ET se refiere a que el disfrute de la suspensión del contrato incorpora al varón o el otro progenitor. Con ello se produce de forma indirecta, un perjuicio a la mujer trabajadora.

Aunque esta pueda parecer que es la línea seguida por los TSJ tenemos que traer a colación, posturas contrarias ya que el TSJ CV¹⁴ con una argumentación que no se basa

¹³ STSJ PV 6 de octubre, 396/2020.

¹⁴ STSJ CV de 19 de octubre 4451/2021.

en el interés del menor sino en el principio de contributividad, conforme a las contribuciones realizadas al sistema de seguridad social, determinó que se produciría una desigualdad de trato en el caso de que en el supuesto monoparental se reconociese el derecho a una prestación de duración más prolongada y, por tanto, de mayor cuantía en relación a las cotizaciones efectuadas al sistema, ya que a las familias biparentales se les exigiría que, conforme a la norma vigente, ambos progenitores debieran cumplir, para acceder a la prestación contributiva, con las exigencias de alta y cotización previstas en la norma, mientras que en la familia monoparental sólo se exigirían estos requisitos a un progenitor.

Conforme a esta tesis, si no se han producido a cuenta del beneficiario las correspondientes aportaciones al sistema durante el periodo de carencia exigido en la norma, no puede causarse el derecho a la prestación, regla que con carácter general es aplicable¹⁵.

3.3. Fallo de la Sala de lo Social del TS

Posteriormente se presentó recurso de casación ante la Sala de lo Social del TS conforme al art. 219.3 LRJS. Admitido el recurso, la Sala se pronunció en sentido contrario al TSJ denegando la extensión de la duración de la suspensión del contrato por nacimiento y cuidado de menor en el caso de familias monoparentales argumentando que no supone una discriminación indirecta por razón de sexo.

Este argumento tiene como base que el marco de comparación utilizado es erróneo, puesto que el término de comparación sería con familias biparentales integradas, salvo escasísimas excepciones, por hombres y mujeres por igual. Indudablemente este argumento, aunque se sostiene es un argumento que cuanto menos puede ignorar la realidad social y la evolución del concepto de familia que hoy se desarrolla en nuestra sociedad.

Además, la Sala de lo Social estableció que la regulación actual responde a una política social plenamente justificada, correspondiendo al ámbito legislativo, en atención al margen que constitucionalmente tiene reconocido para la regulación del sistema de la Seguridad Social realizar cualquier cambio en este sentido y, resaltando, la evidente limitación presupuestaria para las prestaciones a las personas trabajadoras.

Este es otro argumento endeble que a nuestro parecer no corresponde de forma competencial directa a la Sala este razonamiento puesto que en nuestro país la política social es competencia principalmente del poder ejecutivo, que se encarga de diseñar e implementar medidas y programas sociales a nivel nacional o regional, siendo competencia del poder judicial la interpretación de las normas y su acomodación, en todo caso, a los cambios sociales.

No obstante, con posterioridad, analizaremos estos extremos ya que nuestra intención en este punto es establecer las líneas generales del supuesto.

¹⁵ Véase sobre la comparativa de estas dos sentencias dictadas por los TSJ el estudio: TAJADURA DÍEZ, M. y PUERTO BARRIO, A.M.: La prestación por nacimiento y cuidado del menor y la familia monoparental, RGDTSS, núm. 62, julio 2022, Disponible en: https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=425200 [Consultado 15 de octubre 2024].

La Sala de lo Social del TS fija el núcleo de su fallo partiendo de que el interés por la protección del menor no es el único al que debe tenerse en consideración, sino que debe tenerse en cuenta el principio de igualdad entre hombres y mujeres con el efecto de lograr la corresponsabilidad entre ambos progenitores en el cuidado del menor. El TS considera que es indispensable evitar “roles de género” que socaven el principio de igualdad.

También que confirmar la sentencia del TSJ supondría reconocer una prestación inexistente en el sistema de seguridad social y, por ello, modificar el régimen jurídico de la suspensión contractual por causa de nacimiento y cuidado de menor regulada en el art. 48.4 ET. Es decir, crear una nueva prestación contributiva a favor de los progenitores de familias monoparentales, suponiendo la duplicación de ésta no respondiendo a la configuración normativa del legislador.

Sin duda, esto según la Sala implicaría que el empresario se vería afectado: “en sus previsiones de sustitución o de reorganización de la empresa y que, a salvo de una intervención normativa ulterior, no le eximiría del cumplimiento de las obligaciones de cotización en materia de Seguridad Social”. Otra cuestión que, a nuestro parecer, no corresponde a los jueces y tribunales.

Y, en último lugar, que la normativa ya tiene prevista protección específica a las familias monoparentales, puesto que ya existen prestaciones destinadas a este tipo de familias en los artículos 182.3 b) y 351 b de la LGSS. Justificando de este modo la no intervención en materia que no es su competencia puesto que es competencia del legislador.

No podemos olvidar que el voto particular del Magistrado Excmo. Sr. D. Ignacio García-Perrote Escartín, al que se adhiere la Magistrada Excm. Sra. D^a Rosa María Viroés Piñol, mantiene una postura discrepante fundamentando que es posible realizar una interpretación integradora de las normas aplicables¹⁶, en base al interés del menor conforme a la Constitución, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño poniendo en valor los intereses superiores del niño que deben ser primordiales y la necesidad de realizar una interpretación de género puesto que se trata de una familia monoparental encabezada por una mujer siendo la única progenitora. Insiste el voto particular que la función judicial no resulta incompatible con la realización de la interpretación integradora de las normas como así lo ha realizado el TS en otras ocasiones¹⁷.

La STS de 2 de marzo de 2023 ha destacado nuevamente las dificultades que presenta la diversidad de modelos familiares, que a menudo no se ajustan adecuadamente a la normativa para garantizar los derechos de conciliación. Esto puede llevar a la restricción o incluso a la falta de aplicación de dichos derechos. En todo caso, se vuelve

¹⁶ SSTS del Pleno 881/2016, 25 de octubre de 2016, 953/2016, 16 de noviembre de 2016, 1005/2017, 14 de diciembre de 2017, 277/2018, 13 de marzo de 2018 , 347/2018, 22 de marzo de 2018.

¹⁷ SSTS Sala de lo Social de 25 de octubre de 2016, referida a la gestación por sustitución, a las que le seguirán en los mismos términos, las SSTS de 16 de noviembre de 2016 y de 14 de diciembre de 2017. Véase sobre el interés del menor: GARCÍA ROMERO, B.: “Permisos por nacimiento y cuidado de menor y su discutida acumulación por el progenitor único en caso de familia monoparental para preservar el interés del menor”, Revista de Jurisprudencia Laboral, núm. 6.

a poner de relieve la importancia del marco operativo de la corresponsabilidad en el ámbito familiar que debe abarcar todos los tipos de familias y, en especial, la realidad de las familias monoparentales.

Es importante tener en cuenta que los órganos judiciales de lo social, en otras ocasiones, ya se han pronunciado sobre esta cuestión. Este es el caso del TSJ de Cataluña o el TSJ de Canarias cuyas sentencias argumentaban a favor de la acumulación del permiso. Sobre ellas el TS mantuvo la misma postura entendiendo que ya sea padre o madre el progenitor de la familia monoparental no tiene derecho a duplicar su permiso de paternidad, al entender que no tienen derecho a este “doble permiso” porque no existe cobertura legal que lo avale.

El Juzgado de lo Social número 1 de Sevilla¹⁸ planteó cuestión prejudicial al TJUE, al entender que la legislación española no tiene en cuenta la situación de los progenitores en familias monoparentales, argumentando que estos progenitores se ven en desventaja en comparación con los de familias biparentales, tanto en lo que respecta a la conciliación laboral como en el tiempo dedicado al cuidado de los hijos.

En este supuesto, la interesada es una madre que solicita el derecho a disfrutar del permiso que le correspondería al otro progenitor en el caso de existir de la misma forma que una familia biparental.

La cuestión central es la interpretación del artículo 5 de la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, que establece el derecho a un permiso parental, y que el TJUE evita pronunciarse sobre la ampliación de dicho permiso por un motivo tanto material como temporal. Mantiene el TJUE que el juzgado remitente no explica por qué solicita la interpretación del artículo 5 de la Directiva 2019/1158, que se refiere al permiso parental, ni la relación que existe entre este precepto y las disposiciones del Derecho nacional que regulan el permiso de maternidad o el permiso de paternidad a las que dicho juzgado alude (artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores y los artículos 177 a 179 de la LGSS).

En cuanto a la forma el TJUE razona la errónea manera de plantear la cuestión prejudicial ya que resulta indispensable que el órgano jurisdiccional nacional exponga expresamente, en la resolución de remisión, el marco fáctico y normativo en el que se inscribe el litigio principal y facilite unas explicaciones mínimas sobre los motivos de la elección de las disposiciones del Derecho de la Unión cuya interpretación solicita y sobre la relación que establece entre esas disposiciones y la normativa nacional aplicable al litigio, conforme al artículo 94 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia.

Otro elemento, primordial, es la falta de transposición de la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, que establece el derecho a un permiso parental en el ordenamiento español. El fundamento es claro: la solicitud presentada ante el tribunal español planteaba una cuestión legal en torno a una Directiva que aún no había sido transpuesta en España en el momento de los hechos.

¹⁸ STSJUE 16 mayo 2024, asunto C-673/22.

Como la demandante solicitó la ampliación de su permiso el 24 de febrero de 2022, España no estaba obligada la directiva hasta agosto del 2024, por tanto, el TJUE no podía pronunciarse ni interpretar esta cuestión.

El TJUE utiliza en su fallo un argumento sólido: declara que las disposiciones del Derecho de la Unión cuya interpretación se solicita no son aplicables ni *ratione materiae* ni *ratione temporis* a las circunstancias del litigio principal. Explica que la cuestión prejudicial planteada no existe en el presente y, por ello, no se resuelve, literalmente: “las cuestiones prejudiciales planteadas en el presente asunto tienen carácter hipotético”.

Además, con apoyo en la jurisprudencia consolidada, se pierde la ocasión de que el TJUE se pronuncie sobre un tema tan relevante ya que recuerda que las cuestiones prejudiciales relativas al Derecho de la Unión “gozan de una presunción de pertinencia”, siempre y cuando la decisión prejudicial solicitada: “sea necesaria para que el órgano judicial remitente pueda «emitir su fallo» en el asunto de que conoce”, esto implica cumplir con los requisitos exigidos el artículo 94 del Reglamento de procedimiento.

El TJUE utiliza la sentencia 6 de octubre de 2021, asunto C-882/19, recordando que puede abstenerse de pronunciarse sobre una cuestión prejudicial planteada: “... cuando resulte evidente que la interpretación de una norma de la Unión que se ha solicitado carece de relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema sea de naturaleza hipotética o cuando no disponga de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas”.

En conclusión, el TJUE dicta sentencia en el asunto C-673/22, de 16 de mayo de 2024, en el que no se abordó la cuestión de fondo por defectos de forma, cuestión relativa a la posibilidad de que los trabajadores que son padres o madres solteros puedan extender su permiso por cuidado de hijo para equiparar el tiempo de ausencia con aquellos que cuentan con dos progenitores. Si bien es cierto que el TJUE no cierra la puerta a futuros pronunciamientos favorables o contrarios sobre la materia.

4. Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo número 4948/2024

4.1. Resumen del caso

El Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 2 de Valladolid dictó sentencia de 6 de septiembre de 2021, en el procedimiento abreviado número 167/2020, interpuesto por la interesada, funcionaria, estimando el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la Resolución de 29 de septiembre de 2020, de la Dirección Provincial de Educación de Valladolid, dictada por delegación de la Dirección General de Recursos Humanos de la Consejería de Educación anulando la misma a los efectos de reconocer el derecho de la parte actora a la ampliación de un permiso de 8 semanas por maternidad sobre el ya disfrutado.

La Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Castilla y León, con sede en Valladolid, conoció del recurso de apelación interpuesto por la Letrada de la Comunidad de Castilla y León contra la sentencia dictada por el Juzgado, estimando el recurso de apelación interpuesto por los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, en la representación que tienen legalmente atribuida, contra la sentencia dictada revocando la resolución.

Por su parte, el TSJ de Castilla-León anuló la sentencia de instancia y confirmó la resolución administrativa.

4.2. Argumentación de la sentencia del TSJ de Castilla y León (sede Valladolid)

El TSJ estimó el recurso de apelación interpuesto por la Administración de la Comunidad Autónoma de Castilla León contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 2 de Valladolid el 6 de septiembre de 2021, que estimó el recurso interpuesto por la funcionaria docente contra la Resolución de 29 de septiembre de 2020, de la Dirección Provincial de Educación de Valladolid, dictada por delegación de la Dirección General de Recursos Humanos de la Consejería de Educación anulando la misma a los efectos de reconocer el derecho de la parte actora a la ampliación de un permiso de 8 semanas por maternidad sobre el ya disfrutado por ella.

El TSJ revocó la sentencia de instancia desestimando la demanda presentada “... a los efectos de reconocer el derecho de la parte actora a la ampliación de un permiso de ocho semanas por maternidad sobre el ya disfrutado”.

En otras palabras, se cuestiona si es legalmente viable que, en una familia monoparental, el único progenitor pueda acumular el permiso de maternidad con el permiso de paternidad que hubiera correspondido al otro progenitor, con el fin de igualar la protección del menor respecto a las familias biparentales.

La sala analiza el principio de igualdad en la aplicación de la ley, señalando que la solicitante no está siendo objeto de discriminación, sino que su situación es distinta a la de una familia biparental.

Según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el principio de igualdad no protege la discriminación por indiferenciación; es decir, no se puede exigir un trato igual en situaciones que son objetivamente diferentes., lo que supone que no es admisible solicitar un trato distinto basado en la desigualdad de situaciones.

La sala concluye que no es posible acumular ambos permisos, ya que responden a finalidades y fundamentos legales distintos siendo imposible transferir o acumular derechos entre progenitores.

La sala reconoce que, aunque puede existir una justificación social para ampliar la protección en familias monoparentales, cualquier modificación en este sentido debe ser realizada por el legislador.

Estimado el recurso de apelación interpuesto por la Administración, revoca la sentencia de primera instancia desestimando la demanda de la funcionaria, al considerar

que no tiene derecho a ampliar su permiso por nacimiento sumando el permiso de paternidad que hubiera correspondido al otro progenitor.

Se concluye que la acumulación de permisos solicitada no está contemplada en la normativa vigente y que los derechos de maternidad y paternidad son individuales e intransferibles.

La sentencia destaca la importancia de que cualquier cambio en la regulación de los permisos por nacimiento y cuidado del menor, especialmente en casos de familias monoparentales, debe ser abordado a través de una reforma legislativa que contemple estas situaciones de manera explícita.

4.3. Fallo de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TS

Recibido el recurso frente a la sentencia dictada por el TSJ la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TS emite sentencia, en la que reconoce el derecho de las familias monoparentales a extender de 16 a 26 semanas el permiso de maternidad principalmente para evitar la discriminación de los menores recién nacidos.

El tribunal establece que esta es la interpretación que debe darse al permiso regulado en el Estatuto del Personal Público (EBEP) conforme a su naturaleza jurídica.

El tribunal realiza una interpretación flexible del artículo 49 del EBEP que regula los permisos de nacimiento para la madre biológica y el otro progenitor. Este artículo concede un permiso de 16 semanas de duración para la madre (6 semanas obligatorias para ambos progenitores inmediatamente después del parto).

Agrega que de todos los intereses que convergen en la caracterización y ordenación de estos permisos el interés del menor destaca sobre ellos y ello 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 discriminación por razón de nacimiento, y por cualquier otra condición o circunstancia personal o social (artículo 14 de la Constitución), según haya nacido en un tipo u otro de familia”.

La sentencia, ponencia de la Excelentísima magistrada María Pilar Teso Gallego, explica que “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”.

Para la Sala, se trata de “una discriminación entre menores que se cualifica por el perjuicio indudable que padecen quienes se ven privados tempranamente de los cuidados que dispensan con su presencia constante alguno de sus progenitores. Ni que decir tiene que la diferencia temporal en el número de semanas no es baladí cuando se trata de protección y atención a esa edad tan temprana”.

En consecuencia, la interpretación que hace del artículo 49 del EBEP es la que “resulta conforme con la Constitución, en concreto los artículos 14 y 39, y el resto del

ordenamiento jurídico, respetando la igualdad y el interés superior del menor, mediante la proscripción de cualquier forma de discriminación por razón de nacimiento”.

Y no se divisa según subraya el tribunal, “ninguna circunstancia que proporcione una justificación razonable para explicar la diferencia de efectos jurídicos entre ambas situaciones jurídicas equiparables, entre menores recién nacidos en función del tipo de familia, monoparental o biparental, a los efectos del artículo 49 de tanta cita. Ni siquiera resultan entendibles, como antes adelantamos, las razones por las que unos menores recién nacidos puedan recibir durante más tiempo la atención y los cuidados de alguno de sus progenitores, empleados públicos y otros no. Todos deben recibir el cuidado y atención a que se refiere el artículo 68 del Código Civil, en la misma medida, sin que la interpretación de la Ley pueda conducirnos a conclusiones que lesionen la igualdad”.

La sentencia recuerda que el único supuesto de familia monoparental que ha regulado expresamente la ley es el provocado por el fallecimiento de la madre, el cual permite la suma de ambos permisos.

“En este supuesto del progenitor viudo, por tanto, la duración del permiso sí se extiende hasta el límite de las familias biparentales produciéndose la suma o adición que ahora postula la parte recurrente para la familia monoparental, naturalmente en la parte que reste del permiso que, en su caso, hizo uso la madre antes de fallecer”, subrayan los magistrados.

5. Pronunciamientos contrarios de la Sala de lo Social y Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo

Habiendo planteado las dos sentencias dictadas por las Salas del Tribunal Supremo y teniendo claras sus argumentaciones la conclusión principal es que las familias monoparentales se encuentran en situación distinta, siendo desfavorable, en función de la vinculación contractual de sus progenitores a los efectos del derecho al permiso por nacimiento o cuidado de menores.

Los diferentes y opuestos criterios utilizados por las Salas del TS son criterios conscientes puesto que sienta doctrina jurisprudencial.

El razonamiento que se desarrolla en este epígrafe parte de lo que podría considerarse doctrinalmente la conclusión o conclusiones principales de la comparativa entre las dos sentencias señaladas.

Quizás porque de este modo resulta más sencillo destacar aquellos aspectos que nos sirven como sustento para la tesis de que la situación, a nuestro entender, de las familias monoparentales que, en su mayoría son monomarentales, resulta desfavorable, principalmente por la comparación con la situación de las familias biparentales en lo relativo al disfrute del permiso que estamos analizando.

Pero esta no es la única conclusión, desde la perspectiva pura de los derechos de las personas trabajadores, tenemos claro que no tiene sentido que dependiendo de la vinculación contractual del progenitor el derecho de disfrute del permiso varie de manera sustancial.

Las consecuencias de esta diferencia del uso temporal del permiso repercuten directamente en el menor, por lo que, evidentemente el interés del menor se ve perjudicado sin lugar a duda.

No obstante, es necesario explicar los opuestos argumentos referidos en cada una de las sentencias.

5.1. La legalidad

5.1.1. Sala de lo Social Tribunal Supremo

La Sala de lo Social mantiene que la regulación del permiso objeto de este análisis responde a una política social plenamente justificada, correspondiendo al ámbito legislativo, en atención al margen que constitucionalmente tiene reconocido para la regulación del sistema de la Seguridad Social realizar cualquier cambio en este sentido y, resaltando, la evidente limitación presupuestaria para las prestaciones a las personas trabajadoras. El principal pilar de este argumento es que el poder judicial no tiene competencia para realizar cambios normativos.

Conviene analizar este extremo aspecto por aspecto:

En primer lugar, la referencia expresa de que la regulación del permiso responde a una política social plenamente justificada supone que la Sala está reconociendo que este permiso tiene una finalidad social importante y está diseñado para abordar necesidades específicas de la sociedad. Este ámbito de protección se refiere a los derechos fundamentales de las personas trabajadoras, como la conciliación de la vida laboral y familiar, la salud, o el bienestar social.

Posteriormente analizaremos esta cuestión ya que tiene una sustantividad propia considerable a los efectos de las familias monoparentales.

En segundo lugar, la afirmación de que es competencia del Poder Legislativo (Parlamento) modificar o actualizar la regulación de este permiso es obvio que la función de crear, alterar o derogar leyes recae en los órganos legislativos, no en los judiciales, principalmente por el principio de separación de poderes establecido en la Constitución. Resultando conforme a la normativa constitucional un margen de actuación para regular el sistema de Seguridad Social, incluyendo permisos y prestaciones.

Si bien se encuentra sujeto este margen, como la propia Sala indica, a las restricciones presupuestarias que afectan la capacidad del Estado para ofrecer prestaciones y permisos más amplios. Respecto al impacto económico algunos autores se han pronunciado sobre su importancia: “La posible ampliación de la protección que el sistema otorga a un determinado colectivo –las familias monoparentales– en su alcance, e intensidad corresponde determinarlo exclusivamente al legislador; sin que esta Sala ni ningún otro órgano judicial pueda adoptar decisiones singularizadas que sustituyan, amplíen o restrinjan la configuración efectuada por legislador, mucho menos, si tales decisiones pueden potencialmente afectar a la economía del sistema contributivo de protección social.

Con lo cual, cabe añadir aquí, que, significativamente, se atiende al impacto que dicha ampliación tendría en el régimen de financiación de la Seguridad Social”¹⁹.

En todo caso, la competencia del poder judicial se concentra en la aplicación e interpretación de las leyes, pero no se refiere a la modificación de éstas.

No obstante, frente a este argumento, puede considerarse que los permisos laborales son herramientas clave para implementar políticas sociales que protegen a las personas trabajadoras, aunque la Sala defienda que la regulación vigente es adecuada y justificada. Siendo preciso reformular, tras las interpretaciones integradoras de los tribunales, las previsiones legales que no son acordes a las necesidades de protección de los ciudadanos de tal forma que se crean y sientan criterios que posteriormente se detallan por el legislador. Esta es la línea que la Sala de lo Social ha mantenido en otras ocasiones.

Así, por ejemplo, respecto de la prestación por maternidad²⁰ donde se planteaba la ampliación del permiso por maternidad en situaciones no previstas. La Sala de lo Social del TS determinó que la creación o extensión de prestaciones es competencia del legislador, no pudiendo los tribunales ampliar por vía interpretativa los supuestos legales. Con el argumento básico de que cualquier cambio en las prestaciones de la Seguridad Social debe realizarse mediante reforma legislativa, considerando las implicaciones económicas y presupuestarias. O bien, en caso de gestación por sustitución²¹.

Sucede lo mismo respecto del permiso retribuido por cuidado de familiares²², en la que el TS sostuvo que la creación de nuevos permisos retribuidos excede las competencias del poder judicial y corresponde al ámbito legislativo²³ o a la negociación colectiva.

En línea con los anteriores casos, respecto de la equiparación de la duración del permiso de paternidad al de maternidad²⁴ la Sala afirmó que dicha equiparación requiere una reforma legal, ya que implica decisiones de política legislativa y consideraciones presupuestarias.

Respecto a la cuestión de la posibilidad de reconocer expresamente una nueva prestación económica no prevista en el sistema de Seguridad Social la Sala²⁵ determinó que no es competencia judicial crear prestaciones *ex novo* y que cualquier cambio debe realizarse por vía legislativa.

No podemos dejar de establecer que esta es la forma en que el sentido ampliatorio y adaptativo de las prestaciones de Seguridad Social ha llevado en nuestro ordenamiento de forma histórica adaptándose a la realidad social del tiempo en que han sido aplicadas con un sentido claramente evolutivo y adecuado.

¹⁹ MONEREO PÉREZ, J.L.: “Familia monoparental y permiso de paternidad: ¿es posible la acumulación y disfrute de dos permisos en un único progenitor por vía de interpretación jurídica finalista?”. Revista de Jurisprudencia Laboral, núm. 3, 2023, p. 9 y ss.

²⁰ SSSTS de 14 de diciembre, Recurso de Casación 2859/2016, de 19 de abril de 2018, Recurso de Casación 397/2016 y de 16 de noviembre de 2016, Recurso de Casación 3146/2014.

²¹ STS de 25 de octubre 2016, Recurso de Casación 3818/2015.

²² STS de 13 de febrero de 2018, Recurso de Casación 2576/2015.

²³ STSJ Comunidad Valenciana, de 30 de noviembre de 2021, recurso 2089/2021.

²⁴ STS de 23 de marzo de 2017, Recurso de Casación 116/2016.

²⁵ STS 28 de septiembre de 2016, Recurso de Casación 2296/2014.

De la misma forma, la doctrina del TC ha puesto de relieve que corresponde al legislador determinar el nivel y las condiciones de las prestaciones para efectuar o modificar para adaptarlas a las necesidades del momento²⁶: “si bien la cobertura de las situaciones de necesidad de los colectivos sociales es un ideal claramente deseable a la luz de los principios rectores de la política social y económica que nuestra Constitución asume en sus artículos 41 y 50 y que han de informar la legislación positiva –art. 53.3 CE–”, sin embargo, “este Tribunal Constitucional no debe interferir con decisiones singularizadas susceptibles de alterar el equilibrio económico financiero del conjunto del sistema, salvo que la diferencia de tratamiento controvertida esté desprovista de toda justificación objetiva y razonable”²⁷.

5.1.2. Sala de lo Contencioso Administrativo

Respecto del elemento de la legalidad la Sala de Contencioso Administrativo, se refiere a la naturaleza propia del EBEP ya que debe tenerse en cuenta que en el marco de su desarrollo los artículos 23.2 y 103.3 de la CE se imponen ciertas exigencias formales y materiales sobre la regulación del estatuto de los funcionarios públicos, que deben tenerse en cuenta a los efectos de su aplicación. Como la propia Sala señala: “sitúa al funcionario público en una situación jurídica objetiva, definida legal y reglamentariamente y, por ello, modificable por uno u otro instrumento normativo de acuerdo con los principios de reserva de Ley y de legalidad”.

Podemos deducir en primer orden que, con ello es válido entonces modificar mediante un instrumento normativo de acuerdo con los principios de reserva de Ley y legalidad, la duración del permiso favoreciendo al progenitor de familia monoparental puesto que el propio estatuto regula esta posibilidad.

Dicho de otra forma, se produce lo que se puede denominar flexibilidad normativa que permite adaptar el marco legal a las necesidades cambiantes de la administración pública y la sociedad, pudiendo mediante las formas legales efectuar cambios en la regulación de la función pública.

Esta misma línea la ha seguido la Sala de lo Contencioso Administrativo del TS en otras ocasiones²⁸ donde se reconoció el derecho de los funcionarios interinos a percibir trienios por antigüedad, equiparándolos a los funcionarios de carrera, a pesar de que la normativa no lo contemplaba explícitamente para interinos. El Tribunal aplicó una interpretación flexible y conforme al principio de igualdad y no discriminación, adaptando la normativa a la realidad laboral y evitando un trato desigual entre funcionarios que realizan funciones similares.

La misma línea siguió también la Sala de lo Contencioso-Administrativo²⁹ que permitió que los funcionarios pudieran disfrutar de permisos por conciliación de la vida

²⁶ STC 21 de mayo, 65/1987.

²⁷ STC 31 de mayo, 184/1993.

²⁸ STS Sala de lo Contencioso-Administrativo, 21 de septiembre, Recurso 3070/2018.

²⁹ STS Sala de lo Contencioso-Administrativo, 26 de noviembre, Recurso 1702/2017.

familiar y laboral en términos más flexibles, incluso cuando la normativa no especificaba ciertos supuestos. El Tribunal reconoció la necesidad de adaptar las normas a las nuevas realidades sociales, como la diversidad de modelos familiares y la importancia de la conciliación, ampliando el alcance de los derechos de los funcionarios. En este caso se aplicó una interpretación finalista de las normas sobre permisos, considerando los principios constitucionales de protección a la familia y a la infancia, así como la igualdad entre hombres y mujeres.

La acumulación o el doble permiso podría tratarse de un caso cuya causa sea la adaptación a los cambios sociales ya que es evidente que la existencia de familias monoparentales es un fenómeno que tiene recorrido histórico pero que en la actualidad emerge de forma concreta.

Siguiendo la estela adoptada por la Sala de lo Contencioso Administrativo podemos apreciar como los tribunales españoles y el TJUE han dictado sentencias que reflejan cómo las normativas pueden y deben adaptarse a las necesidades sociales cambiantes. Estas decisiones judiciales han sido clave para impulsar cambios legislativos y adaptar la interpretación de las leyes existentes a nuevas realidades sociales.

En mi opinión, adelantando las conclusiones que al final de este análisis plantearé, este es el argumento principal que debe apreciarse en cuanto a los permisos de progenitores en familias monoparentales.

Nuestros Tribunales en numerosas ocasiones han modificado su criterio con el fin de adaptar la normativa a estos cambios sociales, de hecho, el TC³⁰, aunque en fecha anterior a la aprobación del EBEP (2007), estableció criterios sobre la igualdad de género en el acceso y promoción dentro de la función pública, declarando inconstitucional ciertas disposiciones que discriminaban por razón de género, sentando precedentes que influyeron en la redacción y aplicación del EBEP en materia de igualdad.

Probablemente porque este es el espíritu constitucional respecto la labor del poder judicial en aras de evitar violaciones del principio de igualdad y no discriminación.

Otro ejemplo, lo encontramos en lo relativo a la constitucionalidad de la Ley Orgánica 2/2010, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo³¹, el TC validó la normativa que regula el derecho al aborto dentro de ciertos plazos y condiciones, reconociendo la necesidad de adaptar la legislación a las demandas sociales relativas a los derechos reproductivos y la autonomía de la mujer. Indudablemente la sentencia refleja cómo el marco legal tiene que evolucionar para equilibrar derechos fundamentales y necesidades sociales.

El TS³² abordó la cuestión del teletrabajo en la administración pública, especialmente relevante a raíz de la pandemia de la COVID-19, reconociendo la legitimidad de implementar el teletrabajo como modalidad laboral en el sector público, interpretando las disposiciones del EBEP de manera flexible para adaptarse a las nuevas circunstancias sociales.

³⁰ STC 27 de octubre 192/2003.

³¹ STC 61/2010, de 18 de octubre.

³² STS 17 de marzo de 2021, Recurso de Casación 88/2020.

Lo mismo sucedió cuando la Audiencia Nacional³³ estableció en materia de digitalización y modernización de los procesos administrativos y en función de su afectación a los derechos y deberes de los empleados públicos avaló la implantación de sistemas digitales en la gestión interna, siempre que se garantice la formación adecuada del personal, demostrando la adaptación del EBEP a los avances tecnológicos era necesaria.

5.2. Principio de igualdad y la perspectiva de género

5.2.1. La Sala de lo Social del Tribunal Supremo

Sobre la posible discriminación indirecta, la Sala de lo Social ha aplicado en otras ocasiones la perspectiva de género para interpretar y aplicar las normas de manera que se corrijan desigualdades y se extienda la protección del sistema de seguridad social a colectivos tradicionalmente discriminados.

Podemos destacar algunas ocasiones en las que la perspectiva de género ha servido para reconocer derechos a las mujeres trabajadoras, por ejemplo, reconociendo el derecho de una trabajadora a computar como tiempo de servicio efectivo el período de excedencia³⁴ por cuidado de hijos a efectos de antigüedad y promoción profesional. Se ha aplicado en las sentencias de este tribunal la perspectiva de género al considerar que son mayoritariamente las mujeres quienes solicitan este tipo de excedencias, y negarles este cómputo perpetuaría una situación de discriminación indirecta.

De la misma forma, se reconoció el derecho de una trabajadora a percibir el complemento por maternidad³⁵ en su pensión de jubilación, a pesar de haber trabajado a tiempo parcial. El Tribunal aplicó la perspectiva de género al entender que las mujeres, más que los hombres, ocupan trabajos a tiempo parcial debido a responsabilidades familiares y negarles el complemento sería discriminatorio.

Lo mismo sucedió respecto a el criterio de la desproporcionalidad de casos que existe entre hombres y mujeres en lo referido a la pensión de viudedad³⁶, en este supuesto, se reconoció el derecho a la pensión de viudedad a una mujer que había convivido en pareja de hecho sin registrarse oficialmente. El Tribunal aplicó la perspectiva de género al considerar que las normas que restringen el acceso a la pensión de viudedad en estos casos afectaban desproporcionadamente a las mujeres, quienes son más vulnerables económicamente tras el fallecimiento de su pareja.

Y, un supuesto que, coincidiendo con la sentencia examinada, en el que se reconoce³⁷ el derecho a la prestación por maternidad a una madre subrogada, aunque la ley española no regula la maternidad subrogada, el Tribunal aplicó la perspectiva de género

³³ STS 22 de septiembre de 2020, Recurso de Casación 32/2019.

³⁴ STS 14 de septiembre, Recurso de Casación 81/2016.

³⁵ STS 12 mayo 2016, Recurso de Casación 119/2015.

³⁶ STS 3 febrero de 2018 , Recurso de Casación 3973/2015.

³⁷ STS 19 de abril de 2018, Recurso de Casación 96/2017.

para garantizar el interés superior del menor y evitar la discriminación de la mujer en su acceso a prestaciones de seguridad social.

De hecho, resulta especialmente oportuno recordar como algunos autores han hecho referencia a esta cuestión de modo que³⁸: "...los hijos nacidos en una familia biparental o tradicional dispondrán de más tiempo de cuidados que los nacidos en el seno de una familia monoparental, puesto que en las primeras el tiempo sumado de suspensión de ambos progenitores alcanzará las treinta y dos semanas, pero en las segundas, en las que existe un único progenitor, el tiempo de cuidado sólo seguirá siendo de diecisésis semanas. Esta anómala situación ha llegado ya a sede judicial³⁹, donde es posible encontrar tanto resoluciones que abogan por sumar ambos períodos en estos casos (el que le corresponde al progenitor solo y el que le correspondería al otro progenitor si existiera), determinando ello, además, el acrecimiento del tiempo de la correspondiente prestación".

Por el contrario, en este supuesto la Sala de lo Social establece que la perspectiva de género no resulta aplicable a pesar de que el 80% de las familias monoparentales tienen al frente una progenitora ya que la cuestión planteada excede el ámbito de la "interpretación y aplicación del derecho" y a su entender se trata de crear una nueva prestación. Por ello, utilizar la perspectiva de género implica adoptar un enfoque hermenéutico que rechace cualquier interpretación de la norma que resulte discriminatoria hacia la mujer.

De hecho, establece que la normativa actual está diseñada por el legislador de forma consciente y de acuerdo con las circunstancias y las consecuencias que esto supone. Se justifica que el legislador ha obrado consecuentemente con la garantía normativa a los efectos de promover la corresponsabilidad del hombre en la educación y crianza de los hijos, con el objetivo de corregir y evitar sesgos históricos que discriminan a la mujer. Indudablemente difícilmente podemos hacer valor este extremo cuando no existe otro progenitor independientemente de que sea mujer o bien hombre.

En consecuencia, para la Sala de lo Social no es necesaria la perspectiva del género ya que no existe discriminación alguna sino déficit de protección hacia las familias monoparentales. Admitir este extremo sería suficiente para que se realizar una interpretación flexible de la norma, aunque implicara posteriormente una reforma estatutaria de la materia.

En definitiva, la tesis de la Sala se centra en considerar que el disfrute de los derechos de conciliación y la protección dispensada en estos casos eviten que el ejercicio de aquellos perpetúe roles de género que no se corresponden con la situación social actual ni mucho menos con el principio de igualdad que sustenta todo el ordenamiento jurídico.

³⁸ BLASCO PEÑICER, C.: Algunos ejemplos recientes sobre la integración de la perspectiva de género en la interpretación de las normas de Seguridad Social, *El Foro de Labos*, núm. 3. Volumen 3, diciembre 2023, págs. 143 y ss.

³⁹ Entre otras, SSTSJ País Vasco, de 6 de octubre de 2020, recurso 941/2020 y Cantabria, de 8 de abril de 2022, recurso 234/2022 y STSJ Aragón, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 27 de octubre de 202, recurso 268/2021.

5.2.2. La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo

A juicio de la Sala se parte de la posible desigualdad fundada en el tipo de familia, con ello establece que esta configuración distinta no puede determinar la diferencia de trato, de modo que el nacido en una familia monoparental debe disfrutar del mismo cuidado, atención y protección familiar que el nacido en una familia biparental y que la situación actual que sufren los menores de familias monoparentales es el disfrute de un periodo muy inferior.

Para la Sala esto es una discriminación que se produce por la comparación entre menores que se cualifica por el perjuicio indudable que padecen quienes se ven privados tempranamente de los cuidados que se dispensan con la presencia de los progenitores.

También porque se produce una diferencia temporal en el número de semanas que es sustancial y que no debe ignorarse a los efectos de la protección y atención a esa edad tan temprana.

Consideran los magistrados que la situación resulta especialmente “lacerante” por la ausencia de justificación alguna, no es que se trate de una justificación que no pueda considerarse objetiva ni razonable, es que no se produce ninguna justificación.

Una argumento, especialmente sólido de la Sala es que la necesidad de cuidados de los menores es la misma en todos los casos, por lo que el trato debe ser igual, sin que puedan crearse, ante esa falta de justificación, situaciones discriminatorias.

Siguiendo el razonamiento el juicio de igualdad es un juicio relacional. Debe partir, como presupuesto necesario, que nos encontramos ante grupos o categorías que estén en situaciones subjetivas homogéneas, como es el caso de los menores recién nacidos, independientemente del núcleo familiar al que pertenezcan. Y, sin embargo, se producen consecuencias jurídicas diferentes como es la reducción drástica de las semanas del permiso en las familias monoparentales, cuestión que evidencia la ilicitud de tal diferencia de trato por la falta de justificación objetiva y razonable al respecto. No existe ninguna justificación razonable para explicar la diferencia de efectos jurídicos entre ambas situaciones jurídicas equiparables, entre menores recién nacidos en función del tipo de familia ya sea esta monoparental o biparental.

La justificación normativa de esta tesis se apoya, de la misma forma que lo ha venido haciendo la Sala de lo Social como ya hemos indicado, en la normativa que, en el ámbito internacional y nacional establece que las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales o los órganos legislativos deberá primar el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Concluyendo que: “No puede haber, en resumen, ninguna diferenciación entre iguales que resulte inexplicable.” Razonando que la diferencia de trabajo no puede basarse en razones arbitrarias, engañosas, o de orden práctico, al contrario, han de ser razones justificadas y proporcionadas a la finalidad perseguida⁴⁰.

⁴⁰ STC 29 de octubre, 117/2018.

Como así ha fallado el TC poniendo en valor que el principio de igualdad no exige en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del artículo 14 CE, sino tan solo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que exista una justificación objetiva y razonable para ello. Siendo preciso que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida; de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos⁴¹.

La Sala recuerda que, en todo caso, la norma ya ha delimitado un supuesto de familia monoparental, atendiendo a aquel que se produce en el caso del fallecimiento de la madre, en el artículo 49 a) párrafo segundo del EBEP. En este caso se ha concluido que el otro progenitor puede hacer uso de la totalidad del permiso en curso de la madre, permitiendo, por tanto, la suma o adición, consecuentemente en beneficio del menor.

Es cierto que la mayoría de las familias monoparentales son las mujeres las que son cabeza de familias, pero como indica la Sala, no existen cifras concretas que permitan avalar mediante un criterio cuantitativo para justificar la diferencia de trato ni para avalar una respuesta negativa a la ampliación del permiso cuya denegación se impugnó ante los órganos jurisdiccionales.

La Sala de lo Contencioso Administrativo establece que: “el legislador en lo relativo a la regulación legal expresa de las familias monoparentales, considera que la igualdad por razón de nacimiento o por cualquier circunstancia social, respecto de los menores recién nacidos (artículo 14 de la CE) y el interés superior del menor (artículo 39 de la CE), nos conduce a una interpretación conforme con la Constitución, que no podemos soslayar...”.

Esto implica que la interpretación de la Sala respecto del artículo 49 del EBEP es la que resulta conforme con la Constitución, en concreto los artículos 14 y 39, y el resto del ordenamiento jurídico, respetando la igualdad y el interés superior del menor, mediante la proscripción de cualquier forma de discriminación por razón de nacimiento.

En consecuencia, con lo anterior, no se entiende que se pueda justificar que los menores, dependiendo si pertenecen a un tipo de familia o a otro tipo, puedan recibir durante más tiempo la atención y los cuidados de alguno de sus progenitores con independencia de si son empleados públicos o no lo son.

Indudablemente todos los hijos deben recibir el cuidado y atención a que se refiere en el artículo 68 del Código Civil, en la misma medida, sin que la interpretación de la Ley pueda conducirnos a conclusiones que lesionen la igualdad. Se trata de una obligación recíprocas entre los cónyuges, incluyendo el respeto, la ayuda mutua, el deber de convivencia y la responsabilidad compartida en el cuidado del hogar y de los hijos. Téngase en cuenta que en el caso de las familias monoparentales este deber recae exclusivamente en el progenitor responsable.

⁴¹ SSTC 22/1981, de 2 de julio; 49/1982, de 14 de julio; 117/1998, de 2 de junio; 200/2001, de 4 de octubre; 39/2002, de 14 de febrero, entre otras.

5.3. El interés del menor

5.3.1. La Sala de lo Social del Tribunal Supremo

Precisamente sobre la tesis del interés del menor, defendida por el voto particular del Excmo. Sr. D. Ignacio García-Perrote Escartín conviene reflexionar que su punto de partida es el mandato que la CE⁴² otorga a los poderes públicos para asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, así como la protección integral de los hijos conforme a los acuerdos internacionales y la concreta normativa nacional que vela por los derechos de los hijos y la protección a la infancia y la adolescencia establecida expresamente en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 enero, de protección jurídica del menor la garantía de protección del interés del menor queda delimitada legislativamente.

La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, señala que el concepto de interés superior del menor se define desde un contenido triple en el preámbulo:

“Por una parte, es un derecho sustantivo en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierne, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución.

Por otra, es un principio general de carácter interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor.

Pero, además, en último lugar, este principio es una norma de procedimiento. En estas tres dimensiones, el interés superior del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral”⁴³.

Aunque el contenido es triple basta poner de relieve el segundo de ellos referido a que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor. Esto es posible mediante una interpretación de forma integrada de los artículos 177 LGSS y el artículo 3 del Código Civil relativo a la posibilidad de interpretar las normas conforme a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo al espíritu y finalidad de aquellas.

En este sentido la Sala de lo Civil del TS⁴⁴ abordó la cuestión del disfrute del permiso por lactancia por parte de los progenitores. La legislación permitía diferentes interpretaciones sobre si ambos progenitores podían disfrutar simultáneamente del permiso. El Tribunal interpretó la norma de manera que ambos progenitores pudieran ejercer este derecho, considerando que favorecía el interés superior del menor al permitir que tanto

⁴² Artículo 39 CE.

⁴³ Preámbulo de Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

⁴⁴ STS Sala de lo Civil, de 30 de abril, Recurso 245/2012.

el padre como la madre participaran en el cuidado del niño. El Tribunal señaló que la interpretación que permite a ambos progenitores disfrutar del permiso contribuye a la igualdad entre hombres y mujeres y promueve la corresponsabilidad en el cuidado de los hijos. Al permitir que ambos progenitores estén presentes en la atención del menor, se favorece su desarrollo y bienestar.

También, en la misma línea, podemos poner como ejemplo la sentencia de la Sala de lo Civil del TS⁴⁵ sobre la posibilidad de que un progenitor disfrutara de permisos parentales en situaciones no previstas expresamente en la normativa. Aunque la ley no contemplaba claramente el supuesto, el Tribunal optó por una interpretación extensiva que permitía al progenitor acceder al permiso, considerando que era lo más beneficioso para el menor. La interpretación teleológica de la norma permitió buscar la finalidad de la norma, que es proteger el bienestar del menor y facilitar el cuidado parental. El Tribunal afirmó que, ante varias interpretaciones posibles, se debe elegir la que mejor atienda a las necesidades del niño.

En este supuesto la Sala establece que la solución al conflicto no puede sostenerse, como hace la sentencia recurrida, en la necesidad de tener en cuenta el interés del menor; no sólo porque no es el único en juego, sino porque no existe una supuesta vulneración de un teórico derecho del menor de las familias monoparentales a ser cuidado en condiciones de igualdad con respecto a las biparentales. En éstas, la prestación que corresponde al otro progenitor precisa como condición inexcusable su encuadramiento y alta en la Seguridad Social y cubrir un periodo mínimo de carencia; y, en caso contrario, no se le concede, de modo que el interés del menor, cuya importancia no se desconoce y se considera de especial relevancia por la Sala, no puede ser el único factor decisivo y determinante en esta cuestión.

Curiosamente existen sentencias del Tribunal Supremo en las que se ha considerado posible, conforme al Estado constitucional de Derecho, realizar una interpretación integradora de las normas aplicables en base al interés del menor porque debe tener una consideración primordial.

En conclusión, esta decisión basada en una opción legislativa por la que es precisa la existencia de dos progenitores para poder disfrutar de la acumulación de permisos disfrutados en el caso de existir dos progenitores puede interpretarse como una posible discriminación por razón de nacimiento expresamente prohibida por el art. 14 CE.

5.3.2. Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo

En la caracterización y ordenación de estos permisos convergen una serie de intereses variados, entre ellos, el interés del menor que precisa una constante e intensa protección, atención y cuidados durante los primeros meses de vida.

A juicio de la Sala todos los interés son importantes, pero lo es de forma relevante el interés del menor que destaca sobre todos ellos, es un interés superior, que se erige por encima de todos los demás, situándose en un plano destacado y preferente.

⁴⁵ STS Sala de lo Civil, 25 noviembre, Recurso 1385/2014.

La base estructural de este criterio es la igualdad entre los menores recién nacidos, evitando la aparición de cualquier forma de 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 independientemente de su configuración.

La igualdad exige evitar cualquier clase de discriminación, toda vez que la interpretación que se realice del artículo 49 EBEP debe resultar conforme con ese derecho fundamental y con la interdicción de cualquier forma de discriminación, alejándonos, por tanto, de interpretaciones que erosionen este derecho fundamental.

Dentro del marco constitucional de la igualdad, el propio artículo 14 de la Carta Magna cita de forma específica el nacimiento, pues señala que los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

El tipo de familia no puede, por tanto, determinar la diferencia de trato entre los menores ni ningún otro colectivo, de modo que el nacido en una familia monoparental disfrutará del cuidado, atención y protección familiar que dispensa el artículo 68 del Código Civil de la misma forma que el nacido en una familia biparental. No cabe por ello que el tiempo de disfrute del permiso que analizamos sea por un tiempo muy inferior, 16 semanas, que tendría si hubiera nacido en una familia biparental donde el disfrute se extiende a 26 semanas.

El interés del menor prevalece puesto que en caso contrario el perjuicio ocasionado a los menores se proyecta tanto por privarles del cuidado de la persona progenitora en edad temprana como por reducirles sustancialmente el tiempo de disfrute del cuidado.

Para la Sala de lo Contencioso Administrativo la situación resulta especialmente lacerante por la ausencia de justificación alguna, ni siquiera se trata de una justificación que no pueda considerarse objetiva ni razonable, lo que se produce es ausencia de ésta.

Téngase en cuenta que la necesidad de cuidados de los menores es la misma en todos los casos, por lo que el trato debe ser igual, sin que puedan crearse, ante esa falta de justificación, situaciones discriminatorias carentes de efectos jurídicos.

Como es lógico recordemos que el juicio de igualdad es un juicio relacional lo que implica que debe partir, como presupuesto necesario, estar comparando grupos o categorías que estén en situaciones subjetivas homogéneas, como son todos los menores recién nacidos.

En consecuencia, el hecho fundamental de que se produzcan consecuencias jurídicas diferentes como es la reducción drástica de las semanas del permiso en las familias monoparentales y la reducción del derecho de cuidado a los menores evidencia diferencia de trato suficiente que no se encuentra justificada en ningún caso.

6. Conclusiones

Podemos partir de la afirmación de que la normativa vigente no protege adecuadamente a las familias monoparentales, las cuales se encuentran en una situación de vulnerabilidad.

dad social y económica que supone serios impedimentos para que los menores que forman parte de estas familias reciban el cuidado y la protección necesarios que sí reciben los menores de las familias biparentales.

Aunque la anterior consideración es un juicio de valor personal creo que es necesario hacerlo para situar y comprender los juicios judiciales en este caso.

La consideración realizada referida a la existencia de trato desigual pone de manifiesto que mi postura es seguidora del fallo de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TS. Pero este análisis no debe concluir con una postura gratuita quiero considerar que, ante este de trato desigual, de insuficiencia y déficit de tutela específica sería deseable, desde luego, la inmediata intervención garantista del legislador con el objeto de modificar la normativa reguladora.

Dado que esta adaptación no se ha realizado, es necesario que los tribunales actúen interviniendo mediante la interpretación de la normativa vigente hasta que esta sea modificada. De este modo, se podrá ajustar la realidad social de los menores integrantes de las familias monoparentales a la necesidad de protegerlos y equipar su situación a la de los menores en familias biparentales.

El eje fundamental de esta cuestión, en mi opinión, es la discriminación del menor por razón de filiación o estado civil de su progenitor. Este es probablemente el mejor argumento para consolidar el interés del menor que debe prevalecer sobre cualquier otro, incluso del Estado. Fijemos nuestro argumento en que, por ejemplo, la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por España en 1990, en su artículo 3.1 establece que: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”

Ambas Salas han utilizado argumentos para determinar si es posible o no acumular el tiempo del permiso concluyendo de forma contraria y conviene concluir sus argumentos.

La Sala de lo Social mantiene una interpretación estricta y literal de la normativa laboral vigente en materia de permisos parentales. Postura seguida en sus sentencias, estableciendo que los permisos por nacimiento y cuidado de menor están diseñados por el legislador para ser disfrutados individualmente por cada progenitor, sin posibilidad de acumulación en casos de familias monoparentales.

Conforme al principio de literalidad de la Ley entiende que la normativa actual no contempla la acumulación de permisos en favor de un único progenitor ya que el ET y las leyes complementarias establecen derechos individuales e intransferibles para cada progenitor.

Considera que extender los permisos más allá de lo previsto en la ley implicaría una invasión de las competencias otorgadas al legislador al punto que cualquier modificación en este sentido debe ser realizada por el poder legislativo y no por la interpretación judicial ya que una interpretación extensiva podría generar inseguridad jurídica y desigualdades en la aplicación de la normativa laboral.

La perspectiva de la Sala de lo Social prioriza el principio de legalidad y la separación de poderes, evitando exceder las competencias judiciales considerando que cualquier ampliación de derechos debe provenir del poder legislativo, no del judicial. Esta perspectiva es también defendida por algunos autores⁴⁶ que indican que: “procede concluir que no es posible ampliar a 24/32 semanas el permiso de maternidad de la mujer en familias monoparentales, pues tal derecho no ha sido reconocido en la normativa referida por expresa «voluntas legislatoris»”.

Si bien es evidente la base jurisprudencial consolidada por la Sala para este argumento, en mi opinión, queda evidenciado que diferenciar según el modelo de familia el derecho de cuidado del menor, siendo restringido considerablemente en el caso de menores en familias monoparentales, no justifica en ningún caso esta diferencia quedando claro, como se ha hecho a lo largo del análisis, el perjuicio considerable para el interés del menor que se ve privado del cuidado debido de la persona progenitora en un tiempo sustancialmente destacado.

Al profundizar en esta medida, surgen otras cuestiones como la dificultad presupuestaria del sistema de Seguridad Social. El argumento de la limitación de recursos económicos de esta institución, patente en la actualidad, también es relevante en el caso de las familias monoparentales, ya que los gastos derivados de la crianza del menor recaen exclusivamente en una sola persona progenitora. Si para el Estado resulta complejo manejar la falta de presupuesto, esta complejidad es infinitamente mayor para el progenitor de una familia monoparental que es el único sustento para la familia. No olvidemos, en este sentido, la importancia del deber de corresponsabilidad del Estado que no puede ni debe ignorar.

Por tanto, la realidad es que a estas familias se las tiene que dispensar un trato especial como es el caso, por ejemplo, de las familias numerosas, que necesitan de un trato desigual fundado en razones objetivas, como, en ocasiones, las normas laborales y que debería abordar el legislador de forma improrrogable. Todos estamos pendientes de la aprobación de la Ley de Familias que, parece, otorgará un trato igualitorio a todas las modalidades familiares.

Es imprescindible entonces, a falta de esta regulación normativa, la composición de resoluciones judiciales que sirvan para garantizar los derechos de este colectivo. Esta labor interpretativa ha sido ya llevada a cabo el TS en múltiples ocasiones cuando existe una necesidad evidente de garantizar la justicia y proteger derechos fundamentales, aun cuando la norma no contemple expresamente la solución.

Este enfoque permite que el derecho evolucione y se adapte a nuevas realidades sociales, asegurando una aplicación equitativa y justa de las leyes. Como en el caso, por ejemplo, de la STS, Sala de lo Social⁴⁷ donde el tribunal reconoció el derecho de una trabajadora a percibir la prestación por maternidad en casos de gestación subrogada, a pesar de que la ley española no regula explícitamente esta situación. El TS interpretó extensi-

⁴⁶ LÓPEZ HORMEÑA, C.: El permiso de maternidad de las mujeres de familias monoparentales: ¿derecho a disfrutar de 16 semanas o de 32 semanas?, Diario la Ley, núm. 9991, 2022.

⁴⁷ STS (Sala de lo Social 19 de abril de 2018, Recurso 96/2017.

vamente la normativa de Seguridad Social para proteger el interés superior del menor y evitar una situación discriminatoria, a pesar de la ausencia de regulación específica.

En otras palabras: realizar una interpretación integradora de las normas aplicables es una labor que el TS ha realizado en múltiples ocasiones y que, entendemos es fundamental.

La Sala de lo Contencioso Administrativo ha adoptado una interpretación más flexible y finalista de la normativa, favoreciendo la acumulación de permisos en casos de familias monoparentales para garantizar el interés superior del menor y el principio de igualdad.

Enfatiza que la finalidad de los permisos parentales es promover la conciliación familiar y laboral, así como asegurar el cuidado y bienestar del menor, independientemente de la estructura familiar.

Principalmente porque negar la acumulación de permisos a familias monoparentales puede constituir una discriminación indirecta, ya que sitúa a estos núcleos familiares en desventaja respecto a las familias biparentales.

La Sala apela a los principios constitucionales y a los tratados internacionales que protegen los derechos de la infancia y la familia, permitiendo una interpretación que amplíe la protección en favor del menor. Esto es optar por una interpretación teleológica y sistemática, considerando la finalidad de la norma y su contexto dentro del ordenamiento jurídico y los principios constitucionales.

Destaca la Sala de lo Contencioso Administrativo el principio de igualdad y el interés superior del menor, entendiendo que la norma debe aplicarse de manera que no genere discriminaciones ni perjuicios para los menores en familias monoparentales.

Respecto del papel del poder judicial es adecuada la interpretación que aporta la Sala al entender que tiene un papel activo en la protección y garantía de los derechos fundamentales, incluso si ello implica una reinterpretación de la normativa vigente.

La implicación práctica de las decisiones contrapuestas de las Salas tiene consecuencias para las familias monoparentales con claro impacto en los menores que son parte de estas familias. La Sala de lo Social mantiene las limitaciones actuales, sin permitir la acumulación de permisos, lo que puede afectar negativamente la capacidad de estas familias para conciliar la vida laboral y familiar mientras que la Sala de lo Contencioso Administrativo reconoce la posibilidad de acumular permisos, brindando una mayor protección y apoyo a las familias monoparentales.

No obstante, la discrepancia entre ambas Salas genera incertidumbre jurídica y evidencia la necesidad de una clarificación legislativa que unifique criterios motivando un importante debate doctrinal que ya estaba abierto y que ahora previsiblemente se incrementará.

Para concluir, queda evidenciado que la divergencia doctrinal entre la Sala de lo Social y la Sala de lo Contencioso Administrativo del TS en materia de permisos para familias monoparentales refleja dos enfoques interpretativos distintos:

El primero, basado en el formalismo Jurídico vs. principios constitucionales: Mientras la Sala de lo Social se apega al formalismo jurídico y a una interpretación literal de la ley, la Sala de lo Contencioso-Administrativo privilegia una interpretación conforme a los principios constitucionales de igualdad y protección del menor.

El segundo, el Rol del Legislador vs. Activismo Judicial: La Sala de lo Social defiende el rol exclusivo del legislador en la ampliación de derechos, mientras que la Sala de lo Contencioso Administrativo asume un papel más activo en la defensa de derechos fundamentales a través de la interpretación judicial.

Esta situación pone de manifiesto la importancia de abordar legislativamente la protección específica de las familias monoparentales, con el fin de garantizar una aplicación homogénea de los derechos y evitar interpretaciones dispares que puedan afectar la seguridad jurídica y la igualdad de los ciudadanos.

En resumen, mi opinión es que no hay circunstancia que proporcione una justificación razonable para explicar la diferencia de efectos jurídicos entre ambas situaciones jurídicas equiparables, entre menores recién nacidos en función del tipo de familia, monoparental o biparental, con independencia de que se trate una persona funcionaria o una persona trabajadora laboral.

De la misma forma que es difícil entender la razón de que unos menores recién nacidos puedan recibir durante más tiempo la atención y los cuidados de alguno de sus progenitores, empleados públicos y otros no. Todos deben recibir el cuidado y atención en la misma medida, sin que la interpretación de la Ley pueda conducirnos a conclusiones que lesionen la igualdad. Lo que me lleva a pensar que en un futuro reciente se producirán cambios significativos en esta materia.

De forma más oportuna posible y de manera reciente, el 6 de noviembre del presente año, el TC ha publicado una nota informativa⁴⁸ declarando 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 Pleno del TC ha estimado la cuestión de inconstitucionalidad promovida por el TSJ de Cataluña que consideraba que las previsiones legales referidas al derecho de disfrute del permiso suponían un trato discriminatorio hacia el menor de familia biparental a pesar de que tenía idénticas necesidades.

La sentencia del Pleno del 140/2024, de 6 de septiembre de la que es ponente la Excelentísima Magistrada María Luisa Segoviano Astaburuaga y de la reflexión respecto de los votos particulares emitidos queda evidenciado que la postura del TC es poner en valor que la finalidad que persigue la regulación vigente al equiparar los permisos de nacimiento y cuidado de menor de la trabajadora, madre biológica, y el otro progenitor son la conciliación y la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres.

Pero lo que se plantea en la sentencia no es poner en duda esa equiparación, sino el hecho de que la norma no prevea la posibilidad de que la madre biológica extienda su permiso por el período que hubiera correspondido al otro progenitor, en caso de existir, y el impacto que esa omisión tiene en los nacidos en el seno de las familias monoparentales. Es una omisión sin justificación a juicio del TC.

La sentencia explica que el legislador dispone de un amplio margen de libertad en la configuración del sistema de Seguridad Social. Sin embargo, una vez dispuesta una

⁴⁸ Nota Informativa del Tribunal Constitucional N.º 109/2024 de 6 de noviembre.

determinada herramienta de protección (art. 39 CE), su articulación concreta debe respetar las exigencias que se derivan del art. 14 CE.

La consideración más importante del TC es la que afirma que el legislador no utiliza ese margen puesto que al introducir –mediante su omisión– una diferencia de trato por razón del nacimiento entre niños y niñas nacidos en familias monoparentales y biparentales, que no supera el canon de razonabilidad y proporcionalidad, al obviar por completo las consecuencias negativas que produce tal medida en los niños y niñas nacidos en familias monoparentales.

Finalmente, el TC recuerda que hasta que el legislador no se pronuncie al respecto, en las familias monoparentales el permiso a que hacen referencia los arts. 48.4 ET y 177 LGSS ha de ser interpretado en el sentido de adicionarse al permiso para la madre biológica (16 semanas), el previsto para progenitor distinto (10 semanas, al excluirse las 6 primeras, que necesariamente deben disfrutarse de forma ininterrumpida e inmediatamente posterior al parto).

Seguimos avanzando seguros que esta sentencia avivará el debate doctrinal, promete ser un punto seguido para las ya diversas posturas mantenidas detractoras y defensoras de la acumulación del permiso extendiendo el tiempo de duración. Las decisiones judiciales de este tipo suelen incitar a los expertos a reevaluar interpretaciones previas y a explorar impactos o modificaciones normativas, seguramente pueden sentar la base para la reforma legal.

Bibliografía citada

- AAVV La realidad de la monoparentalidad en España: un análisis multidisciplinar (directora M. Begoña García Gil), Sepin, 2022.
- AGRA VIFORCOS, B.: “Dificultades para la integración laboral de las familias monoparentales”, en AA.VV.: La inserción laboral de las mujeres en riesgo de exclusión social, Valencia (Tirant lo Blanch), 2015.
- ALARCÓN CASTELLANOS, M.M.: Familias monoparentales y relaciones laborales en AA.VV. La realidad de la monoparentalidad en España. Un análisis multidisciplinar, Sepin, 2022.
- BLASCO JOVER, C.: “La necesidad de adaptar ciertos derechos personales y familiares a parejas de hecho y núcleos monoparentales”, Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF, 451, 2020.
- BLASCO JOVER, C.: Algunos ejemplos recientes sobre la integración de la perspectiva de género en la interpretación de las normas de Seguridad Social, El Foro de Labos, núm. 3. Volumen 3, diciembre 2023.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.: “Familias monoparentales y derechos laborales: el caso de los permisos por nacimiento y cuidado de menor.”, Actualidad Laboral, 28 (3), 2022.
- FERNÁNDEZ, A.: “Corresponsabilidad social y monoparentalidad: desafíos actuales”. Cuadernos de Trabajo Social, 32(2), 2019.

- GÁLVEZ, L., & RODRÍGUEZ, M.: “Impacto de las políticas de conciliación en las familias monoparentales: Una perspectiva comparada”. *Política y Sociedad*, 57(1), 2020.
- GARCÍA ROMERO, B.: “Permisos por nacimiento y cuidado de menor y su discutida acumulación por el progenitor único en caso de familia monoparental para preservar el interés del menor”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 6.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: “La ampliación de los permisos parentales en familias monoparentales: análisis jurisprudencial.”, *Revista de Derecho Social*, 97, 2022.
- GONZÁLEZ, M. T. (2015). “Conciliación laboral y familiar en las familias monoparentales: Retos legales”. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, (115), 2015.
- GOÑI SEIN, J.L.: “La familia monoparental: ausencia de atención política y legislativa y su impacto sobre la situación sociolaboral de la mujer”, *Temas Laborales*, núm. 82, 2005.
- LÓPEZ HORMEÑA, C.: El permiso de maternidad de las mujeres de familias monoparentales: ¿derecho a disfrutar de 16 semanas o de 32 semanas?, *Diario la Ley*, núm. 9991, 2022.
- LÓPEZ LÓPEZ, M. T.: “La corresponsabilidad del Estado en la protección de las familias monoparentales”. *Revista de Derecho de Familia*, 68, 2016.
- LÓPEZ LÓPEZ, M. T.: “Familias monoparentales y desigualdad de género en el ámbito laboral”. *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 36, 2018.
- MARTÍNEZ MORENO, L.: “El permiso parental en familias monoparentales: ¿una discriminación indirecta?”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 242, 2022.
- MARTÍNEZ, P.: “La protección jurídica de las familias monoparentales en el derecho español”. *Anuario de Derecho Civil*, 73(1) 2020.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: “Familia monoparental y permiso de paternidad: ¿es posible la acumulación y disfrute de dos permisos en un único progenitor por vía de interpretación jurídica finalista?”. *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 3, 2023.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, J.: “Equiparación de los permisos parentales en familias monoparentales: una necesidad social.”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 39(2), 2021.
- SÁNCHEZ, M.: “La obligación de corresponsabilidad del Estado frente a las familias monoparentales”. En Gómez, J. (Ed.), *Políticas familiares y derecho*. Madrid, Marcial Pons, 2017.
- TAJADURA DÍEZ, M. y PUERTO BARRIO, A.M.: La prestación por nacimiento y cuidado del menor y la familia monoparental, *RGDTSS*, núm. 62, julio 2022.