nº 40 (3er Trimestre 2024)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

La prestación por nacimiento y cuidado del menor en familias monoparentales[1]

The benefit for birth and child care in single-parent families

Ana N. Escribá Pérez *Profesora Contratada Doctora Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*
Directora del Grado en Derecho
Universidad Internacional de Valencia
https://orcid.org/0000-0003-2174-3594

Cita Sugerida: ESCRIBÁ PÉREZ, A.N.: «La prestación por nacimiento y cuidado del menor en familias monoparentales». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 40 (2024): 61-75.

Resumen

El presente artículo tiene por objeto analizar la cuestión relativa al disfrute de la prestación por nacimiento y cuidado del menor en familias monoparentales desde el punto de vista de la suspensión del contrato de trabajo como derecho individual de los progenitores versus el interés del menor. Para analizar a fondo la cuestión se ha llevado a cabo una introducción del reconocimiento legal de la prestación a raíz de la Directiva (UE) 2019/1158 de 20 de junio, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y su adaptación al ordenamiento jurídico español para, a continuación, analizar las diversas respuestas ofrecidas por los Tribunales españoles, la resolución del Tribunal Supremo y, por último, la inadmisión de la cuestión por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea quedando, no obstante, la cuestión abierta a la espera del fallo del Tribunal Constitucional español.

Palabras clave

Prestación por nacimiento y cuidado del menor; familias monoparentales; adaptación; interpretación

Abstract

The purpose of this article is to analyze the issue relating to the enjoyment of the birth and child care benefit in single-parent fam-ilies from the point of view of the suspen-sion of the employment contract as an in-dividual right of the parents versus the interest of the child. To thoroughly analyze the issue, an introduction of the legal recognition of the benefit has been carried out following Directive (EU) 2019/1158 of June 20, relating to the reconciliation of family life and the professional life of par-ents. and caregivers, and its adaptation to the Spanish legal system to then analyze the various responses offered by the Span-ish Courts, the resolution of the Supreme Court and, finally, the inadmissibility of the issue by the Court of Justice of the European Union However, the issue re-mains open pending the ruling of the Spanish Constitutional Court.

Keywords

Benefit for birth and care of a minor; single-parent families; adaptation; interpretation

1. INTRODUCCIÓN

En 1900 aparece en España lo que pudo considerarse el primer seguro social de la historia de nuestro país: La Ley de Accidentes de Trabajo. En 1908 se crea el Instituto Nacional de Previsión, si bien, no será hasta 1923 cuando comience a regularse de forma obligatoria, por ejemplo, el Seguro Obligatoria de Maternidad.

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres supuso una importante ampliación y adaptación en materia de protección en los casos de maternidad y riesgo durante el embarazo, pero, además, introdujo el permiso por paternidad y el de riesgo durante

[1] Artículo resultado de la Estancia de Investigación realizada entre el 25 de septiembre de 2023 y el 9 de abril de 2024 en la Universidad de Valencia. Enviado el 10 de junio de 2024.

Fecha Recepción: 20/5/2024 - Fecha Revisión: 10/6/2024- Fecha Aceptación: 11/6/2024
Pags. 61-75

la lactancia natural[2]. La regulación tradicional de la prestación por maternidad como tal se normaliza a través del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural[3] -en adelante RD 295/2009-. En referencia a la maternidad, reguló cuestiones relativas al acogimiento de menores, periodos de cotización en función de la edad de las personas trabajadoras, subsidio por maternidad y, por supuesto, los descansos -entre otras cuestiones-. En el propio preámbulo de la norma y en relación al progenitor diferente de la madre, se anuncia la regulación de la "*suspensión de la actividad laboral por paternidad, en cuanto que se configura como presupuesto para la obtención de un nuevo subsidio…se definen las situaciones protegidas…en paralelo con los supuestos que dan lugar a la protección por maternidad*[4]*"*.

La clásica prestación por maternidad ha ido variando a lo largo de los años hasta que el 7 de marzo de 2019 se publicó el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación -en adelante RDL 6/2019-; entre otras cuestiones, estableció modificaciones en el Estatuto de los Trabajadores -en adelante ET- y en el Estatuto Básico del Empleado Público -en adelante EBEP- pero, además, introdujo importantes modificaciones en el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social -en adelante TRLGSS-. Con todas y cada una de estas modificaciones y otra serie de medidas, el RDL 6/2019 pretendía equiparar los derechos de las personas trabajadoras en relación a las prestaciones relativas al nacimiento, adopción o acogimiento de menores.

A partir del 1 de abril de 2019 las prestaciones de maternidad y paternidad se unifican de manera definitiva y pasan a convertirse en una única prestación: La prestación por nacimiento y cuidado del menor.

2. NACIMIENTO Y CUIDADO DEL MENOR EN FAMILIAS MONOPARENTALES

2.1. Introducción

En un mundo cada vez más globalizado debemos empezar a contemplar que el modelo de familia tradicional al que estábamos acostumbrados, actualmente, no es el único que existe y, por supuesto, tampoco el mayoritario -ni que decir tiene que no podemos considerar que es el único que merece una protección completa-. Entre esos nuevos modelos de familia existentes está el que nos ocupa: las familias monoparentales, entendiendo como tales aquellas familias constituidas por un único progenitor y su descendiente o descendientes; ese único progenitor será, además, el único sustentador económico de la familia y no convivirá con pareja estable[5].

Actualmente, la gran mayoría de las familias monoparentales[6] están constituidas por mujeres y debemos tener en cuenta que nuestro ordenamiento jurídico contempla el principio de igualdad como

[2] La finalidad de estas medidas, según el preámbulo del RD 296/2009, era la de *mejorar la integración de la mujer en el ámbito laboral y para favorecer la conciliación de la vida laboral y familiar.*

[3] Que sufrió una modificación el 21 de julio de 2014 y otra el 1 de marzo de 2023.

[4] Además de regular los requisitos para ser beneficiario del subsidio de paternidad -cuantía, duración, reglas, etcétera-. El el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural fue modificado por el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración y, además, por la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

[5] Se debe tener en cuenta que no existe una definición legal del concepto.

[6] Este colectivo alcanza actualmente a más del 10% de los hogares españoles y ha crecido en torno a un 24,5% desde 2016, algo que no ha ocurrido con ningún otro modelo familiar. Actualmente, en España, hay 1.944.800 hogares

uno de los pilares básicos. Según las normas en materia de prestación por nacimiento y cuidado del menor y, en concreto, comenzando por el propio ET -artículo 48.4- en su redacción tras la aprobación del RDL 6/2019, sigue sin otorgarse un trato diferenciado a las familias monoparentales y, de hecho, se ha seguido realizando una interpretación de los preceptos en base al concepto clásico de familia[7] -biparental-.

Los artículos 177 y ss[8]. del TRLGSS, por su parte, son los encargados de regular la prestación por nacimiento y cuidado del menor con carácter general; así pues, el citado artículo 177[9] establece que "*A efectos de la prestación por nacimiento y cuidado de menor prevista en esta sección, se consideran situaciones protegidas el nacimiento, la adopción, la guarda con fines de adopción y el acogimiento familiar, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las comunidades autónomas que lo regulen, durante los períodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en los apartados 4, 5 y 6 del artículo 48 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y en el artículo 49.a), b) y c) del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público"*.

2.2. Regulación en el Estatuto de los Trabajadores

El artículo 45.1.d) del ET establece como una de las causas de suspensión del contrato de trabajo la siguiente: "*Nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las comunidades autónomas que lo regulen, de menores de seis años o de menores de edad mayores de seis años con discapacidad o que por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes"*. Una vez determinado que el nacimiento y cuidado del menor viene siendo una de las causas de suspensión del contrato de trabajo, hay que fijar el modo en el que dicho derecho se va a materializar; así pues, se debe partir de la base de lo establecido en el artículo 48.4[10] del ET en referencia a la regulación de la maternidad; la norma, al referirse al periodo de maternidad, establece que se considerará incluido en el nacimiento tanto el parto como el cuidado del menor de doce meses y que ello supondrá la suspensión del contrato de trabajo de la madre biológica durante un periodo de dieciséis semanas[11] -no regulando un periodo superior para las familias monoparentales-; del mismo modo establece la suspensión del contrato de trabajo del progenitor distinto de la madre por un periodo idéntico de dieciséis semanas con la misma obligación de disfrutar, obligatoriamente, las seis primeras semanas de manera ininterrumpida y a jornada completa. Debemos tener en cuenta que, en el caso de la madre

compuestos por familias monoparentales de los que el 80% están sustentados por mujeres. El 52,7% del total de los hogares monoparentales están en riesgo de pobreza y de exclusión social. Vid, las cifras completas en: Familias monoparentales en España, disponible en: www.familiasmonomarentales.es , [Consultado el 10 de junio de 2024].

[7] Ballester Pastor, I. "Las familias monoparentales tienen derecho a un permiso por nacimiento de 26 semanas: la construcción judicial que alcanza hasta donde el legislador no llega". *Revista de jurisprudencia laboral*, 2022, p. 1-10.

[8] Capítulo VI del TRLGSS modificado *conforme establece el artículo 4.2 del R.D.-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 («B.O.E.» 7 marzo). Vigencia: 8 marzo 2019.*

[9] "*Artículo 177 redactado por el apartado tres del artículo 4 del R.D.-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 («B.O.E.» 7 marzo), en la redacción dada al mismo por el apartado tres del artículo 4 redactado por la disposición final decimocuarta de la L.O. 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la L.O. 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo"* («B.O.E.» 1 marzo).Vigencia: 1 junio 2023. Fuente: Noticias jurídicas *https://noticias.juridicas.com/base_datos/Laboral/561511-rdleg-8-2015-de-30-oct-aprueba-el-texto-refundido-de-la-ley-general-de-la.html#t2c6 [Consultado el 27 de mayo de 2024].*

[10] Redactado de acuerdo al artículo 2.12 del RDL 6/2019 con vigencia a partir del 1 de abril de 2019.

[11] De las cuales, las seis primeras son de obligado disfrute a jornada completa ya que su finalidad es la de proteger la salud de la madre biológica del menor.

biológica, esta regulación se encarga de velar por la salud de la misma mientras que en el caso del progenitor distinto de la madre su finalidad es otra completamente diferente: cumplir con sus deberes de cuidado[12].

Solamente existen dos situaciones reservadas para la cesión de las diez semanas últimas de la suspensión a la madre biológica o al otro progenitor: el parto prematuro o la hospitalización del neonato a continuación del parto, pero, además, establece la redacción del artículo una cuestión relevante para el tema que me ocupa y es la siguiente: "*Este derecho es individual de la persona trabajadora sin que pueda transferirse su ejercicio al otro progenitor*; el propio ET ya establece que no puede transferirse el tiempo adicional o no disfrutado de un progenitor a otro ya que se trata de un derecho individual de la persona trabajadora.

2.3. Directiva (UE) 2019/1158, de 20 de junio, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores

No cabe la menor duda que el punto de partida debe ser la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo -en adelante la Directiva 2019/1158-.

La Unión Europea debe incentivar, apoyar y completar todas y cada una de las acciones que los Estados miembros lleven a cabo para fomentar la igualdad entre hombres y mujeres en relación a las oportunidades en materia laboral y, por supuesto, trabajar para la consecución efectiva de la igualdad[13] de trato y de oportunidades. En este sentido y en relación a la cuestión que me ocupa, creo que es necesario detenerse en el artículo 33 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea -en adelante la Carta- que regula la cuestión referente a la protección frente al despido por causas relacionados con la maternidad, así como el permiso retribuido y el permito parental con la finalidad de lograr una real conciliación de la vida familiar y profesional pero, además, se debe tener en cuenta que el artículo 18.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño declara que ambos progenitores tienen responsabilidades comunes en relación al nacimiento y cuidado del menor y que, por supuesto, el bien superior a proteger debe ser el menor[14].

Una cuestión relevante es que la regulación estatal no permitía el disfrute del permiso por paternidad en las mismas condiciones que el de maternidad y Europa era consciente de ello; se pretendía acabar con el desequilibrio en el diseño de las políticas de conciliación de la vida familiar y la vida profesional entre hombres y mujeres. La finalidad de la Directiva 2019/1158 es la de lograr que tanto hombres como mujeres puedan disfrutar de los mismos permisos relacionados con cuestiones familiares para que, de ese modo, ambos progenitores sean responsables del cuidado de los menores en las mismas circunstancias. En este sentido, el preámbulo de la Directiva 2019/1158 establece que: "*Al objeto de fomentar un reparto más equitativo entre mujeres y hombres de las responsabilidades*

[12] Dichos deberes de cuidado nacen a la luz del artículo 68 del Código Civil. El Título IV, Capítulo V del Código Civil regula los "Derechos y Deberes de los Cónyuges" y, en concreto, el artículo 68 que establece que: "*Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo*. En el caso que nos ocupa hay que centrarse en la obligación establecida en referencia al *cuidado y atención de…descendientes"*.

[13] La igualdad entre hombres y mujeres es uno de los principios fundamentales de la Unión que viene regulado tanto en el artículo 3.3 del Tratado de la Unión Europea como en el artículo 23 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea

[14] Fernández Prieto, M. "Conciliación de responsabilidades de progenitores y cuidadores e igualdad de oportunidades en la Directiva (UE) 2019/1158". *Revista Derecho social y empresa*, 2020, no 12, p. 5.

en el cuidado de familiares, y de permitir que se cree un vínculo temprano entre padres e hijos, debe introducirse el derecho a un permiso de paternidad para los padres o, en el caso y en la medida en que se reconozca en la legislación nacional, para los segundos progenitores equivalentes". La Directiva 2019/1158 hace referencia, ya en su propio preámbulo, a cuestiones temporales[15] del disfrute del permiso por nacimiento y cuidado del menor, pero nada apunta sobre el disfrute doble del periodo en el caso de familias monoparentales; ahora bien, sí apunta la cuestión relativa a la transferencia de parte del tiempo del padre a la madre biológica con una doble finalidad: que disfruten del permiso que la legislación les otorga y que, además, cooperen en la reincorporación de las mujeres al mercado laboral en igualdad de condiciones[16].

Los Estados miembros están obligados -según el considerando 37[17] de la Directiva 2019/1158- a tener en cuenta la casuística de determinados colectivos y, entre ellos y de forma expresa, la de las familias monoparentales[18] por lo que, definitivamente, la cuestión relativa a este tipo de familias depende, en última instancia, del legislador español que incorpora la regulación al respecto en el Real Decreto Ley 5/2023, de 28 de junio[19] -en adelante RDL 5/2023-, si bien, la única alusión al respecto que contempla es la de la nueva redacción del artículo 48.6 del ET para, así, permitir la acumulación del permiso de nacimiento en los supuestos de discapacidad o partos múltiples que, a su vez, admite que las familias monoparentales puedan acumular las ampliaciones legalmente establecidas pero no el hacer uso de la totalidad del permiso que correspondería al otro progenitor[20].

El artículo 5 de la Directiva 2019/1158 establece en relación al permiso parental[21] que: "*Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que cada trabajador tenga un derecho individual a disfrutar de un permiso parental de cuatro meses que debe disfrutarse antes de*

[15] "*Los Estados miembros deben determinar si el permiso puede disfrutarse en parte antes del nacimiento del hijo o exigir que se disfrute en su totalidad después, el plazo para acogerse a él, y si es posible -y en qué condiciones- acogerse al permiso en régimen de trabajo a tiempo parcial, en períodos alternos, por ejemplo, un cierto número de días consecutivos de permiso separados por períodos de trabajo, o con arreglo a otras fórmulas flexibles".*

[16] Ballester Pastor, I. "Las familias monoparentales tienen derecho a la misma prestación por nacimiento y cuidado de hijos que las familias biparentales. Las normas deben velar por la protección del menor, lo que no cuadra con el diseño de un derecho individual e intransferible de cada progenitor". *Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL)*, 2021, no 1, p. 10.

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

[18] En España, el 81,1 % de los casi 2 millones de hogares monoparentales registrados está encabezado por una mujer y la tasa de riesgo de pobreza es del 46,8 %, frente al 25,3 %. Aragón Gómez, Cristina. La transposición de la Directiva 2019/1158 de conciliación de la vida familiar y profesional al ordenamiento español: análisis de los nuevos permisos por razón de cuidado del Real Decreto-Ley 5/2023, de 28 de junio. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 2024, p. 85-110. Cabeza Pereiro, J. "La Directiva (UE) 2019/1158 y su trasposición al derecho interno". En *Conciliación y corresponsabilidad de las personas trabajadoras: presente y futuro*. JM Bosch Editor, 2021. p. 67-92.

[19] Por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea.

[20] Aragón Gómez, C. "La transposición de la Directiva 2019/1158 de conciliación de la vida familiar y profesional al ordenamiento español: análisis de los nuevos permisos por razón de cuidado del Real Decreto-Ley 5/2023, de 28 de junio". *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 2024, p. 85-110.

[21] Según artículo 3.1.b) de la Directiva 2019/1158: "*Ausencia del trabajo a la que pueden acogerse los trabajadores que sean progenitores por motivo del nacimiento o la adopción de un hijo, para cuidar de este".*

que el hijo alcance una determinada edad, como máximo ocho años, que se especificará por cada Estado miembro o por los convenios colectivos…" pero, además, añade en su apartado segundo que *dos de los meses de permiso parental no puedan ser transferidos*. Como se ha podido observar, la Directiva 2019/1158 entra a regular de manera algo más detallada el permiso parental cuya finalidad es la de otorgar los cuidados necesario a los menores desde el momento del nacimiento del mismo.

Si bien la Directiva 2019/1158 estableció unas bases importantes en materia de conciliación, no debemos olvidar que nuestro ordenamiento jurídico ya contaba con mecanismo legales[22] anteriores en la materia lo que permitió que el RDL 6/2019 pudiese partir de una base ya trabajada con anterioridad por nuestro legislador -no se aprecian divergencias con lo que se debe regular[23]-, ahora bien, no se deben olvidar las cuestiones de mejora entre las que estaría el aumento de los tiempos de disfrute de las familias monoparentales y que, efectivamente, tampoco aparecen en este texto legislativo.

2.4. El Real Decreto Ley 6/2019, de 1 de marzo

El RDL 6/2019, introdujo cambios relevantes en la redacción del ET en lo que a la regulación en materia de nacimiento y cuidado del menor se refiere. Se modificó la regulación de las cuestiones generales de la prestación y, además, introdujo una serie de cuestiones que afectan, directamente, a las familias monoparentales. En este orden de cosas, el Instituto Nacional de la Seguridad Social -en adelante INSS-, estableció un criterio[24] por el cual se reconoce que el disfrute de dos semanas adiciones de permiso retribuido en el caso de que el menor posea una discapacidad o se trate de parto, adopción o acogimiento múltiple[25].

El RDL 6/2019, consiguió unificar las prestaciones de maternidad y paternidad, lo que supuso un cambio importante tanto en la regulación como en el concepto, otorgándole uno más adecuado a la actual situación y a la finalidad de la prestación: *Nacimiento y cuidado del menor*. El propio RDL 6/2019, además, equiparó la duración de la suspensión del contrato para ambos progenitores con dos ideas básicas: por un lado, la consecución de una corresponsabilidad real en el cuidado del menor por ambos progenitores y, por otro, la igualdad de condiciones que afectarían, además, de manera positiva en la contratación y promoción en el empleo de las mujeres, pero, además, una mayor facilidad a la hora de conciliar la vida personal y familiar. Ambos progenitores, por tanto, disfrutarán de dieciséis semanas de suspensión del contrato de trabajo y no se podrá ceder el disfrute de uno a otro progenitor[26].

El propio RDL 6/2019, además, reconoce el derecho a la suspensión del contrato y el reconocimiento de la prestación por nacimiento y cuidado del menor como un derecho individual de las personas trabajadoras lo que, como veremos, apoyará la cuestión interpretada tanto por el Tribunal Supremo -en adelante TS- como por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea -en adelante TJUE- lo que influyó, directamente, en el alcance de la prestación en el caso de las familias monoparentales,

[22] Como, por ejemplo, la Ley 39/99, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras o la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

[23] López Álvarez, M.J. "La adaptación de la directiva de conciliación de la vida familiar y profesional al ordenamiento español". *FEMERIS: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, 2022, vol. 7, no 2, p. 64-85.

[24] SUBDIRECCIÓN GENERAL DE ORDENACIÓN Y ASISTENCIA JURÍDICA. Criterio de gestión: 13/2019. Fecha: 11 de junio de 2019. Punto 11. https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/c0472992-1469-44c1-8efd-12e3ca64fce9/CRITERIO+DE+GESTION+13-2019.pdf?MOD=AJPERES [Consultado el 27 de mayo de 2024]. Materia: Prestación por nacimiento y cuidado de menor.

[25] Con este inciso se trata de igualar el disfrute del periodo adicional por cuestiones tasadas al establecido para las familias biparentales.

[26] Aragón Gómez, C. "La prestación por nacimiento y cuidado de menor, fruto de la reforma introducida por el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación". *Revista española de derecho del trabajo*, 2019, no 219, p. 229-239.

si bien es cierto que, según el criterio del INSS, únicamente serían acumulables los periodos de ampliación del permiso para casos especiales y no con carácter general.

2.5. El Real Decreto Ley 5/2023, de 28 de junio

En este mismo orden de cosas y en relación al RDL 5/2023, cabe resaltar que el legislador español no ha hecho mención alguna a la cuestión relativa al disfrute del periodo adicional que correspondería al otro progenitor en el caso de familias monoparentales[27] -cuestión a tener en cuenta para el posterior estudio de la cuestión que me ocupa-.

Es cierto que el considerando 37 de la Directiva 2019/1158 establece la posibilidad de que los Estados miembros tengan en cuenta la particularidades de ciertos colectivos que pueden considerarse vulnerables, ahora bien, no podemos olvidar que dicha competencia queda al criterio del legislador nacional lo que se ha traducido en la nueva redacción del artículo 48 del ET que permite la acumulación del permiso adicional en los supuestos de discapacidad o partos múltiples[28] sin ser aplicable a la acumulación de los periodos generales[29].

3. RESOLUCIONES JUDICIALES DE INTERÉS

3.1. Disfrute de veintiséis semanas para las familias monoparentales: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León -sede de Burgos- número 541/2022, de 21 de julio

El Tribunal Superior de Justicia -en adelante TSJ- de Castilla y León -Burgos-, Sala de lo Social, en su Sentencia número 541/2022, de 21 de julio[30], conoce de un caso en el que una mujer -cabeza de familia de una familia monoparental- solita la prestación por nacimiento y cuidado del menor reconociéndosele, a priori, las dieciséis semanas que establece el artículo 177 del TRLGSS. Tras recibir resolución, solicita ampliar el permiso hasta el cómputo total de treinta y dos semanas como si se tratara de una familia biparental entendiendo que, de lo contrario, se estaría ante una situación de discriminación hacia la menor.

La entidad Gestora correspondiente desestima la solicitud en virtud del artículo 48.4 del ET alegando que se trata de un derecho individual de la persona trabajadora y que, por tanto, es inadmisible transferir el derecho de un progenitor a otro -por ende, no se puede acumular en una única persona el derecho de disfrute de ambos progenitores y que, por supuesto, lo mismo ocurre con el subsidio económico-. Tras dicha resolución, la actora, interpone demanda contra el INSS ante el Juzgado de lo Social número 2 de Burgos que se desestima[31].

Es necesario tener en cuenta que nada establece el ordenamiento jurídico español con respecto al trato de las familias monoparentales en esta situación concreta que conduce al reconocimiento de

[27] Lo mismo ocurrió con el Real Decreto Ley 7/2023, de 19 de diciembre por el que se adoptan medidas urgentes, para completar la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo, y para la simplificación y mejora del nivel asistencial de la protección por desempleo. Vigente desde el 21 de diciembre de 2023 y, actualmente, derogado.

[28] Nieto Rojas, P. "La transposición de la directiva 2019/1158 de conciliación de la vida familiar y la vida profesional a través del RD Ley 5/2023". *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, 2023, no 7, p. 75-102.

[29] Se establece de manera clara que no puede acumularse la totalidad del permiso por nacimiento y cuidado del menor en familias monoparentales.

[30] Recurso de suplicación número 446/2022.

[31] Desestimada por Sentencia de 21 de febrero de 2022 con autos número 58/2022.

la prestación por nacimiento y cuidado del menor en unas u otras condiciones -las unas legisladas y las otras en blanco[32]-. Se podría entender que estamos ante una laguna legal -"*un supuesto que la legislación no contempla, pero que tampoco excluye ni tampoco cierra"*- y es por esa razón por lo que el Juez somete la petición "*a un juicio de adecuación de los principios de protección de la familia y el menor*[33] *y al principio de no discriminación"*[34].

En este orden de cosas, el Juez alega a la Sentencia del Tribunal Supremo -en adelante STS- de 16 de noviembre de 2016[35] y a la Sentencia del TJUE de 18 de marzo de 2014, en las que se reconoce la doble finalidad del permiso de paternidad -nomenclatura a la que atendía en aquel momento el nacimiento y cuidado del menor en la figura del otro progenitor-, que se entendía como una situación que pretendía "*atender a la recuperación, seguridad salud de la madre, y, por otro, la protección de las especiales relaciones entre la madre y su hijo durante el período posterior al nacimiento del menor; (...) evitando (así) la acumulación de cargas que deriva del ejercicio simultáneo de una actividad profesional que perturbe dichas relaciones".* En base a esto, el Juez, reconoce que el permiso de maternidad, por tanto, supone la protección de dos intereses interrelacionados directamente: el de la madre y el del menor. Una de las justificaciones que amparan la situación es el contenido de la Convención de los Derechos del Niño y, en concreto, su artículo 3.1[36] además del contenido en el artículo 24.2[37] de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea entendiendo, tras el análisis de ambos preceptos, que siempre debe primar el interés superior del menor[38].

Lo que prima en la justificación jurídica de este caso es, sin lugar a dudas, la protección del menor por su condición y al amparo de las normas nacionales y supranacionales al respecto y que se convierten en la base de la respuesta a la controversia suscitada en relación a la acumulación de periodos en el caso de nacimiento y cuidado del menor en familias monoparentales -en relación a los artículo 39.2 y 14 de la CE-, por lo que entiende el Tribunal que no existe justificación objetiva en la diferencia de trato entre las familias monoparentales y las biparentales ya que no se debería desigualar en función del número de progenitores y justificar la acumulación en beneficio del menor y su cuidado. Lo que se trata de garantizar en este caso es lo que el Tribunal entiende como trato más igualitario, interpretando que la madre responsable de la familia monoparental tiene el mismo derecho -en cuanto a disfrute de descanso- que una familia biparental y que, por tanto, en interés del menor

[32] Ballester Pastor, I. "Las familias monoparentales tienen derecho a un permiso por nacimiento de 26 semanas: la construcción judicial que alcanza hasta donde el legislador no llega". *Revista de jurisprudencia laboral*, 2022, p. 1-10.

[33] Artículo 39 de la CE.

[34] Artículo 14 de la CE.

[35] Número de Recurso 3146/2014.

[36] "*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".*

[37] "*En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial".*

[38] En el mismo sentido el artículo 2.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor: "*Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, hasta el punto de que, conforme al apartado 4 del mismo artículo, en caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes, pero en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir".*

deberá disfrutar de un total de veintiséis semanas de descanso acumuladas[39] -no de las treinta y dos solicitadas por el solapamiento de las seis iniciales en el caso de familias biparentales-.

El TSJ de Castilla y León -Burgos- tiene en cuenta las consideraciones realizadas por el artículo 48.4 del ET en referencia a la suspensión del contrato de trabajo en relación a la prestación por nacimiento y cuidado del menor[40] y le otorga especial importancia a la obligación que poseen los poderes públicos de dotar al menor de la protección que su condición exige y que se contempla, además, en Tratados y Normas Internacionales y que se materializa, entre otros, en el artículo 14 de la CE[41] -entendiendo que se genera un trato diferenciado entre tipos de familias afectando, directamente, al interés del menor-. Estas razones son las que llevan al TSJ de Castilla y León -Burgos- a entender que se debe reconocer el derecho de ampliación del permiso por nacimiento y cuidado de menores a las familias monoparentales y que dicha ampliación debe suponer un cómputo total de veintiséis semanas[42].

Finalmente, la STSJ de Castilla y León -Burgos-, estima el recurso e insta al INSS-TGSS al abono de las prestaciones oportunas en virtud de lo establecido en los artículos 177 y ss. del TRLGSS lo que incluye el pago del subsidio y, además, el disfrute de las veintiséis semanas.

3.2. Disfrute de treinta y dos semanas para las familias monoparentales: El caso del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

El TSJ de Cataluña en su Sentencia número 9227/2022, de 29 de noviembre de 2022[43], trata de dilucidar la cuestión relativa al disfrute del periodo de suspensión del contrato en el caso de la prestación por nacimiento y cuidado del menor en familias monoparentales. En este caso, tal y como avanza el enunciado del epígrafe, se considera el disfrute acumulado como si de una familia biparental se tratase, es decir, con el disfrute de treinta y dos semanas.

En un comunicado llevado a cabo por el Poder Judicial[44] al respecto, anuncia que "*El Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha confirmado que una madre monoparental puede disfrutar de la extensión del permiso de maternidad y equiparándolo al que se le daría a los dos miembros de la familia en caso de familia biparental*[45] *"*; desestimando, así el recurso interpuesto por el INSS.

---

[39] En este mismo sentido: STSJPV de 6 de octubre de 2020; STSJ Extremadura de 16 de marzo de 2022, STSJ Galicia, de 8 de marzo de 2022 y STSJ Aragón de 27 de diciembre de 2021. En Ballester Pastor, I. "Las familias monoparentales tienen derecho a un permiso por nacimiento de 26 semanas: la construcción judicial que alcanza hasta donde el legislador no llega". *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 2022, p. 1-10.

[40] Relacionado, directamente en este caso, con el artículo 177 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social.

[41] Ballester Pastor, I. "Las familias monoparentales tienen derecho a un permiso por nacimiento de 26 semanas: la construcción judicial que alcanza hasta donde el legislador no llega". *Revista de jurisprudencia laboral*, 2022, p. 1-10.

[42] Esta duración propuesta no es aleatoria ya que supone el tiempo total del que disfrutarían las familias biparentales excluyendo las seis primeras semanas que son de obligado disfrute tras el nacimiento del menor y que, por tanto, se sobreponen -las de ambos progenitores-, quedando por disfrutar las diez semanas siguientes.

[43] Número de Recurso: 1552/2022. Número de Resolución: 6389/2022.

[44] Comunicado del Poder Judicial del 14 de diciembre de 2022. El TSJ de Cataluña permite que una madre monoparental alargue su permiso de maternidad. https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunales-Superiores-de-Justicia/TSJ-Cataluna/Noticias-Judiciales-TSJ-Cataluna/El-TSJ-de-Cataluna-permite-que-una-madre-monoparental-alargue-su-permiso-de-maternidad [Consultado el 27 de mayo de 2024].

[45] "*La sentencia desestima el recurso interpuesto por el INSS y mantiene el resultado emitido por el juzgado de lo social 2 de Mataró, que establecía que la demandante podría disfrutar de un permiso de 32 semanas equiparándose de este modo a las familias monoparentales a las biparentales".* Comunicado del Poder Judicial del 14 de diciembre de 2022. El TSJ de Cataluña permite que una madre monoparental alargue su permiso de maternidad. https://

La citada Sala de lo Social pasa a interpretar el artículo 48.4 del ET y establece que "… *la aplicación uniforme del artículo 48 del ET sin tomar en consideración las peculiaridades y necesidades específicas de las familias monoparentales supone introducir una diferencia de trato respecto de un colectivo que tiene mayores dificultades para conciliar vida laboral y familiar, sin que sea de apreciar justificación objetiva de ningún tipo". En este sentido, tiene en cuenta la citada Sala de lo Social el interés en una conciliación de la vida laboral y familiar más eficiente, si bien, como se verá en epígrafes posteriores, se está realizando una interpretación libre del artículo considerando lo que debería estar legislado y no lo que se legisla en realidad; continúa el TSJ de Cataluña recordando que el artículo 48.4 del ET permite a las familias monoparentales disfrutar de un período de suspensión contractual muy superior al que correspondería en caso de familia monoparental, dado que en el primer caso corresponden 16 semanas a cada uno de los progenitores, habida cuenta que, al margen de la previsión de disfrute simultáneo de las 6 primeras, el resto de períodos pueden disfrutarlo de forma sucesiva o en el modo que estimen más oportuno hasta que el menor cumpla doce meses, mientras que en el caso de familia monoparental, con un solo progenitor/a, el período de disfrute se limitaría a 16 semanas, a pesar de que las necesidades de atención y cuidado del menor son las mismas, tanto en calidad, como en intensidad, y las dificultades de conciliación de la familia monoparental muy superiores a las del modelo biparental clásico*[46]*, no teniendo en cuenta el Tribunal en esta apreciación que se trata de un derecho de disfrute personal pensado para la corresponsabilidad en el cuidado del menor que en el caso de familias monoparentales, no existe.*

Continúa el Tribunal justificando su resolución en interés del menor[47] *pero, como ya se verá más adelante, la principal función de esta prestación no deja sin protección al mismo y se basa, además, en un derecho personal de los progenitores estableciendo un periodo de descanso de dieciséis semanas para ambos para que exista una efectiva corresponsabilidad en el cuidado del menor y un reparto equitativo de los cuidados y, además, con la finalidad de conseguir la igualdad de trato de hombres y mujeres en el ámbito laboral*[48]*; en este sentido, aclara el Tribunal que para garantizar un trato igualitario -del menor- "la interpretación acorde con los derechos y principios en juego es considerar que la progenitora única que se ocupa del cuidado de la menor tiene derecho a un disfrute del permiso equivalente al que hubiese correspondido de existir el otro progenitor, esto es, 32 semanas, por cuanto las necesidades del menor son idénticas y no disminuyen en atención a la existencia de uno o más progenitores".*

---

www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunales-Superiores-de-Justicia/TSJ-Cataluna/Noticias-Judiciales-TSJ-Cataluna/El-TSJ-de-Cataluna-permite-que-una-madre-monoparental-alargue-su-permiso-de-maternidad [Consultado el 27 de mayo de 2024].

[46] En este mismo sentido Tribunal Superior de Justicia de Galicia, (Sala de lo Social, Sección1ª) Sentencia Número 2173/2022 de 9 mayo, según la cual "…*al superponerse necesariamente las seis semanas de descanso obligatorio para la madre biológica tras el parto con las mismas seis semanas de descanso para el otro progenitor también inmediatamente posteriores al nacimiento, dichas seis semanas no pueden en ningún caso trasladarse a un momento de disfrute posterior al concreto momento temporal señalado en dicho precepto. Y es que, al haber sido disfrutadas por el otro progenitor seis semanas inmediatamente posteriores al parto, que coinciden con las seis del progenitor principal, siendo dedicadas ambas al cuidado del menor inmediatamente posterior al parto, la familia monoparental tendrá derecho (lo contrario vendría a suponer un nuevo supuesto de discriminación) a las diez semanas restantes de permiso de nacimiento y cuidado del menor, por ser éstas las que, verdaderamente, no han disfrutado ni la demandante ni el menor por el hecho de ser familia monoparental".*

[47] "*Establecer la duración de la prestación en función del número de progenitores en lugar de atender de manera preferente al superior interés del menor, que aparece como único e inescindible cualquiera que sea la forma familiar, no solo supone desconocer los criterios interpretativos cuya aplicación postulamos, sino también dar efectos jurídicos a un trato discriminatorio por razón del nacimiento y de la condición personal y familiar del recién nacido".*

[48] En este sentido y en palabras del TSX de Galicia "…*no puede sostenerse con carácter general que el cuidado del menor en una familia monoparental sea de inferior calidad que en una familia biparental por el hecho de que en el primer caso sea un solo progenitor el que cuida y en el segundo sean dos".* -Sentencia Número 2173/2022 de 9 mayo-.

4. INTERPRETACIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO

El Tribunal Supremo -en adelante TS- falló en contra de que una familia monoparental pueda ser acreedora de la acumulación del permiso por nacimiento y cuidado del menor que correspondería, en conjunto, a los miembros de una familia biparental, es decir, a la suma de lo que correspondería a cada uno de los progenitores, basando su decisión en que la función del TS es la de *aplicar e interpretar las normas pero no la creación de derecho* -que es lo que entiende que sucedería en el caso de entrar a fallar de forma distinta con respecto a los artículos 48.4 del ET y 177 del TRLGSS-. En este sentido, entiende el TS que el régimen de prestaciones de la Seguridad Social es una cuestión que compete al legislador y que es este quien debe establecer qué derechos prevalecen sobre qué otros en esta prestación en concreto -corresponsabilidad en el cuidado del menor, interés del menor, interés del progenitor, etcétera-.

La necesidad de unificar doctrina en este sentido era latente ya que se estaban dictando infinidad de Sentencias que llevaban al disfrute de los progenitores de familias monoparentales entre las dieciséis y las treinta y dos semanas -pasando, eso sí, por las veintiséis-. El Ministerio Fiscal presenta recurso de unificación de doctrina ante el TS ya que considera errónea la interpretación otorgada por el Tribunal de lo Social número 5 de Bilbao en relación al artículo 48.4 del ET considerando que el mismo vulneraba lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño y el principio de igualdad y considera, además, que ningún derecho debe imperar por encima de lo establecido en el RDL 6/2019, entendiendo, además que "*la nueva redacción del art. 48 ET en sus apartados 4, 5 y 6 no establece un trato discriminatorio, vulnerador del principio de igualdad, entre los niños de las familias biparentales o monoparentales* y que, además, *el Real Decreto-Ley 6/2019 en realidad solo vino a adelantarse a la Directiva 2019/1158 de 20 de junio relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, que deroga la Directiva 2010/18/UE y, tras destacar los puntos más relevantes de la misma, declara que la Directiva no contempla que constituya una discriminación indirecta de la mujer trabajadora que forma una familia monoparental el hecho de que solo tenga derecho a disfrutar de un solo permiso parental de cuatro meses"*; por su parte, el INSS comparte la petición del Ministerio Fiscal al entender que la Sentencia del TSJ del País Vasco *se aparta del régimen legal establecido en nuestro ordenamiento jurídico que configura la prestación por nacimiento y cuidado del menor…* se sostiene, además, que no se puede alegar incumplimiento de la normativa estatal ni de la internacional y que, por ende, no existe discriminación por razón de género y que no existe justificación para la diferencia alegada. Queda, además, justificada la adaptación de nuestro ordenamiento al internacional y comunitario en todos los mandatos con consideración de mínimos establecidos en las normas que son de aplicación.

La STS, número 169[49] de 2 de marzo de 2023[50], dictó unificación de doctrina[51] no admitiendo la acumulación de la prestación de cuidado y nacimiento del menor en familias monoparentales cuando únicamente existe un progenitor entendiendo que una decisión en contrario -en palabras del propio TS-, "*implicaría varias consecuencias que interferirían sensiblemente en el orden normativo expuesto ya que, en primer lugar, supondría crear una prestación contributiva nueva en favor de los progenitores de familias monoparentales que, además, quedaría estrictamente limitada a la duplicación de la duración de la misma, sin modificar los condicionantes específicos en materia de período de cotización previa o del régimen jurídico de su propia concesión o subsistencia, alterando la configuración diseñada por el legislador. En segundo lugar, necesariamente, deberíamos modificar*

[49] https://www.poderjudicial.es/search/openDocument/e75750e14f001dbfa0a8778d75e36f0d [Consultado el 21 de mayo de 2024 en CENDOJ].

[50] Recurso número 3972/2020.

[51] En este caso, fue el Juzgado de lo Social número 5 de Bilbao quién desestimó la demanda en primera instancia. Se presentó recurso ante el TSJ País Vasco de 6 de octubre de 2020, Rec. 941/2020 -que falló a favor de la actora- y fue la Fiscalía quién presentó recurso para la unificación de doctrina ante el TS.

el régimen jurídico de la suspensión contractual por causa de nacimiento y cuidado de hijo que tan prolijamente establece el apartado 4 del artículo 48 ET, lo que, sin duda de clase alguna, afectaría al otro sujeto de la relación contractual que se vería obligado a soportar una duración mayor de la suspensión contractual prevista expresamente en la ley, lo que le afectaría en sus previsiones de sustitución o de reorganización de la empresa y que, a salvo de una intervención normativa ulterior, no le eximiría del cumplimiento de las obligaciones de cotización en materia de Seguridad Social".

Claro deja el TS que la decisión de hacer extensivo el periodo adicional correspondiente a un segundo progenitor cuando de familias monoparentales se trata corresponde, única y exclusivamente, a la voluntad del legislador amparada bajo la libertad otorgada en esta materia por la Directiva 2019/1158 recordando, además, que entre las funciones propias del TS no se encuentra la modificación del régimen de prestaciones del sistema español de Seguridad Social ni la legislación en materia de suspensión del contrato de trabajo con situaciones tasadas legalmente en el propio ET. Su postura queda más que justificada estableciendo en su fallo que "*Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Ministerio Fiscal; Casar y anular la sentencia de fecha 6 de octubre de 2020 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el recurso de suplicación núm. 941/2020 y aclarada por auto de fecha 3 de noviembre de 2020; Resolver el debate en suplicación desestimando el de tal clase y, al efecto, declarar la firmeza sentencia de fecha 18 de mayo de 2020, dictada en autos 1015/2019, por el Juzgado de lo Social núm. 5 de Bilbao, seguidos a instancia de Doña Isidora , contra la Tesorería General de la Seguridad Social y el Instituto Nacional de la Seguridad Social, sobre prestaciones"*.

Hay que detenerse, eso sí, en el voto particular del Magistrado Ignacio García Perrote Escartín, al cual se adhirió la Magistrada Rosa María Virolés Píñol que anuncia otra serie de pronunciamientos en los que el TS ha reconocido nuevas situaciones protegidas dentro de nuestro sistema de Seguridad Social[52] y realizando especial hincapié en que la cuestión se debería haber solventado teniendo en consideración el interés superior del niño recordando que la Constitución Española -en adelante CE-, y diversas normas estatales o internacionales "*establecen que el interés superior del niño debe tenerse en consideración primordial, llegando en varios casos a afirmarse expresamente que ese interés superior del menor y su necesaria consideración primordial, son un derecho y, en todo caso, el principio interpretativo que debe prevalecer"*. No en vano, el sistema de prestaciones de la Seguridad Social posee un alcance de configuración legal innegable y, por tanto, no cabe duda de que corresponde al legislador establecer las consideraciones necesarias que materialicen de manera clara y normativa el elenco de prestaciones de nuestro sistema de Seguridad Social y, por tanto, el modo de proceder en cada una de ellas; esto supone que queda a la libertad del legislador determinar la cesión de los periodos de suspensión de contrato y su complementaria prestación de la Seguridad Social de uno a otro progenitor en el caso de la prestación por nacimiento y cuidado del menor en familias monoparentales.

5. LA INADMISIÓN DE LA CUESTIÓN POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

Llegados a este punto se plantea cuestión al respecto del periodo de disfrute de la prestación por nacimiento y cuidado del menor en las familias monoparentales ante el TJUE[53]. Sería el Juzgado de los Social número 1 de Sevilla quien dudara sobre si la no regulación en los artículos 48.4 del

[52] Como, por ejemplo, la prestación de maternidad en los casos de gestación subrogada. En Aragón Gómez, C. "La transposición de la Directiva 2019/1158 de conciliación de la vida familiar y profesional al ordenamiento español: análisis de los nuevos permisos por razón de cuidado del Real Decreto-Ley 5/2023, de 28 de junio". *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 2024, p. 85-110.

[53] Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Séptima, Sentencia de 16 May. 2024, C-673/2022. Ponente: Prechal, Alexandra. Nº de Recurso: C-673/2022. ECLI: EU:C:2024:407

ET y 177 y ss. del TRLGSS con respecto a la conciliación de la vida laboral y familiar se había adaptado correctamente a los criterios establecidos por la Directiva 2019/1158[54] y si, además, se debía interpretar dicha normativa para el caso de las familias monoparentales o, por el contrario, al no estar regulado de manera específica no se entendía como excluida de la regla general y, por tanto, no era susceptible de interpretación[55].

El considerando 37 de la Directiva 2019/1185 es claro en cuanto a la libertad de cada Estado de adaptar la normativa a sus necesidades y posibilidades en concreto y, en este sentido, "*…se anima a los Estados miembros a que valoren si las condiciones y las modalidades detalladas de ejercicio del derecho al permiso [de paternidad], el permiso para cuidadores y las fórmulas de trabajo flexible deben adaptarse a necesidades específicas, por ejemplo, familias monoparentales…"*, quedando justificado que el legislador español no ha optado por regular de manera distinta la referida prestación en los casos de familias biparentales y familias monoparentales. Recuerda, además, que se denegó la solicitud por parte del INSS y de la TGSS basándose en el artículo 177 del TRLGSS que reconoce el derecho a los progenitores de manera individual debiendo ambos cumplir con los requisitos exigidos para la concesión de la prestación por nacimiento y cuidado del menor -como ocurre en la gran mayoría de las prestaciones y pensiones de nuestro sistema de Seguridad Social- concibiendo, además, ambos organismos que "*la concesión, en todo supuesto, a la progenitora biológica de un hijo nacido en el seno de una familia monoparental de la duración total del permiso parental de que podrían llegar a disfrutar los progenitores en una familia biparental (la duración propia de dieciséis semanas más las dieciséis semanas que corresponderían al progenitor distinto de la madre biológica) supondría una discriminación de las familias biparentales, en las que cada progenitor no tiene reconocido, de forma automática, el derecho al disfrute de dieciséis semanas de permiso parental"*.

El TJUE ha declarado la inadmisibilidad de la cuestión por varias cuestiones; en primer lugar, se solicita la interpretación del artículo 5 de la Directiva 2019/1158 referente al permiso parental y no al permiso por maternidad o paternidad que es sobre el que versaba la cuestión lo que motivó una solicitud de aclaración al Juzgado de lo Social número 1 de Sevilla siendo la respuesta de este último que el mencionado artículo 5 de la Directiva 2019/1158 y los artículos 177 y ss. del TRLGSS guardaban gran similitud. Claro ha sido el TJUE en este sentido aclarando que el permiso parental y el permiso de maternidad/paternidad -nacimiento y cuidado del menor- vienen siendo cuestiones totalmente diferenciadas ya que el primero regula unas cuestiones con unos tiempos determinados -en

[54] Planteando las siguientes cuestiones ante el TJUE: "*1) Si la omisión por el legislador español en el Art. 48.[4] del [Estatuto de los Trabajadores] y en los Arts. 177, 178 y 179 [de la LGSS] de una normativa que implique una valoración de las necesidades específicas de la familia monoparental, en el ámbito de la conciliación de la vida laboral y familiar con repercusión en el período de prestación de cuidados al hijo/a recién nacido/a, en comparación con el menor nacido en una familia biparental en la que los dos progenitores tienen una expectativa de acceso al descanso retribuido, en el caso de reunir ambos las condiciones de acceso a la prestación de la Seguridad Social, es respetuosa con la Directiva, que impone una particular valoración, entre otras, del nacimiento del hijo/a en el seno de una familia monoparental, en orden a determinar las condiciones de acceso al permiso parental y las modalidades detalladas del mismo. 2) Si los requisitos del disfrute del descanso laboral por nacimiento de un hijo/a, las condiciones de acceso a la prestación económica de la Seguridad Social y el régimen de disfrute del permiso parental y, en particular, la posible ampliación de la duración del mismo por ausencia de otro/a progenitor/a distinto/a de la madre biológica que dispense cuidados al menor, deben interpretarse, ante la ausencia de específica previsión normativa por el legislador español, de una forma flexible bajo el amparo de la norma comunitaria"*.

[55] En este sentido cabe recordar el considerando 37 de la Directiva 2019/1185 que establece que "*No obstante el requisito de evaluar si las condiciones de acceso al permiso parental y las modalidades detalladas del mismo deben adaptarse a las necesidades específicas de los progenitores en situaciones particularmente adversas, se anima a los Estados miembros a que valoren si las condiciones y las modalidades detalladas de ejercicio del derecho al permiso [de paternidad], el permiso para cuidadores y las fórmulas de trabajo flexible deben adaptarse a necesidades específicas, por ejemplo, familias monoparentales, padres adoptivos, progenitores con discapacidad, progenitores que tienen hijos con discapacidad o enfermedades […] crónicas, o progenitores en circunstancias particulares, tales como las relacionadas con nacimientos múltiples o prematuros"*.

este caso permite la posibilidad de que los progenitores puedan ocuparse de sus hijos durante cuatro meses adicionales- mientras que el segundo pretende proteger la condición de la mujer tras el parto -o adopción- y/o del otro progenitor en el caso de familias biparentales.

Por otro lado, la Directiva 2019/1158 no era de aplicación en el momento de hacerse efectiva la solicitud de ampliación del permiso por lo que finaliza el TJUE estableciendo que no puede admitir la cuestión ya que no son aplicables ni la *ratione materiae*[56] ni la *ratione temporis*[57] del litigio principal.

En definitiva, el TJUE inadmite a trámite la cuestión planteada por el Juzgado de los Social número 1 de Sevilla de la siguiente manera: "*Así pues, procede declarar 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 y, por tanto, que las cuestiones prejudiciales planteadas en el presente asunto tienen carácter *hipotético".*

6. CONCLUSIONES

Las familias monoparentales no tienen garantizada la ampliación de la prestación por nacimiento y cuidado del menor legalmente ya que de la interpretación de la normativa -tanto del artículo 48.4 del ET como del 177 TRLGSS- no puede extraerse un trato diferenciado para este tipo de familias.

El camino a la solución ha pasado desde la interpretación literal del articulado, es decir, al disfrute de las dieciséis semanas perceptivas establecidas en las normas, al reconocimiento de veintiséis por algunos tribunales o incluso treinta y dos hasta, de nuevo, el reconocimiento legal de las dieciséis semanas de carácter general.

Una regulación diferenciada entre familias monoparentales y familias biparentales supondría un retroceso en el camino hacia la equiparación de derechos entre hombres y mujeres y volvería a afectar de manera negativa a los derechos laborales ya que el progenitor de una familia monoparental -en su gran mayoría mujeres- disfrutaría del doble de tiempo de suspensión del contrato de trabajo a causa del nacimiento y cuidado del menor lo que, de nuevo, volvería a causar mermas importantes a nivel laboral en el colectivo de mujeres. Adicionalmente, está la cuestión referente al cobro económico de la prestación ya que este incremento debería pasar, sin lugar a dudas, por exigir periodos de cotización adicionales para los progenitores de familias monoparentales y, por tanto, una regulación específica de los requisitos de acceso a la prestación.

Con respecto a la STS determinar que confirmó la postura del Ministerio Fiscal y del INSS entendiendo que la legislación no permitía la acumulación de tiempos al tratarse de un derecho personal inherente a cada persona trabajadora de manera individual y aclaró, además, que no contradecía el principio de igualdad consagrado en la CE ni las normas supranacionales entendiendo

[56] "*Relativo al permiso parental, ha de señalarse que el litigio principal trata de una solicitud presentada con el objeto de que se amplíe dieciséis semanas el permiso de maternidad por la condición de familia monoparental de la demandante. Además, el artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores y los artículos 177 a 179 de la LGSS, cuya conformidad con dicho artículo 5 -que versa sobre el derecho al permiso parental- cuestiona el juzgado remitente, parecen regular el permiso de maternidad o de paternidad…" o se ha acreditado que el artículo 5 de la Directiva 2019/1158 sea aplicable ratione materiae al litigio principal. En consecuencia, la interpretación de esta disposición no es necesaria para que el juzgado remitente pueda resolver el litigio principal.*

[57] "*Es preciso señalar que, en virtud del artículo 20, apartado 1, de esta Directiva, los Estados miembros estaban obligados a transponerla a su Derecho interno el 2 de agosto de 2022 a más tardar. En el caso de autos, la demandante en el litigio principal solicitó, el 22 de febrero de 2022, la ampliación de su permiso de maternidad desde el 24 de febrero siguiente por un período de dieciséis semanas".*

que España había adaptado perfectamente la normativa al ordenamiento interno. Tras la interpretación de los artículos 48.4 del ET y 177 del TRLGSS determina que no se puede reconocer el derecho adicional a las familias monoparentales y que, por tanto, la suspensión del contrato durante el disfrute de la prestación por nacimiento y cuidado del menor, supondrá una duración de dieciséis semanas por progenitor de manera individual y no sumatoria, tanto para familias monoparentales como para familias biparentales.

Habrá que esperar para conocer cómo se regula la cuestión finalmente ya que "*El Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 27 de febrero de 2024*[58]*, ha acordado admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad número 6694-2023, planteada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el recurso de suplicación núm. 5086-2022, en relación con el artículo 48, apartados 4, 5 y 6, del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, en relación con el artículo 177 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por posible vulneración de los arts. 14* y *39 CE, y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.1 c) LOTC, reservar para sí el conocimiento de la presente cuestión*[59]*".*

7. BIBLIOGRAFÍA

Aragón Gómez, C. "La transposición de la Directiva 2019/1158 de conciliación de la vida familiar y profesional al ordenamiento español: análisis de los nuevos permisos por razón de cuidado del Real Decreto-Ley 5/2023, de 28 de junio". *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 2024, p. 85-110.

Aragón Gómez, C. "La prestación por nacimiento y cuidado de menor, fruto de la reforma introducida por el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación". *Revista española de derecho del trabajo*, 2019, no 219, p. 229-239.

Ballester Pastor, I. "Las familias monoparentales tienen derecho a la misma prestación por nacimiento y cuidado de hijos que las familias biparentales. Las normas deben velar por la protección del menor, lo que no cuadra con el diseño de un derecho individual e intransferible de cada progenitor". *Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL)*, 2021, no 1, p. 10.

Ballester Pastor, I. "Las familias monoparentales tienen derecho a un permiso por nacimiento de 26 semanas: la construcción judicial que alcanza hasta donde el legislador no llega". *Revista de jurisprudencia laboral*, 2022, p. 1-10.

Fernández Prieto, M. "Conciliación de responsabilidades de progenitores y cuidadores e igualdad de oportunidades en la Directiva (UE) 2019/1158". *Revista Derecho social y empresa*, 2020, no 12, p. 5.

López Álvarez, M.J. "La adaptación de la directiva de conciliación de la vida familiar y profesional al ordenamiento español". *FEMERIS: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, 2022, vol. 7, no 2, p. 64-85.

Nieto Rojas, P. "La transposición de la directiva 2019/1158 de conciliación de la vida familiar y la vida profesional a través del RD Ley 5/2023". *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, 2023, no 7, p. 75-102.

[58] Resolución de 20 de febrero de 2024 de la Secretaría General del Tribunal Constitucional sobre la fecha de deliberación de la cuestión de inconstitucionalidad núm. 6694-2023 promovida respecto del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

[59] Publicado en BOE núm. 56 de 04 de marzo de 2024.