

PERMISO POR CUIDADO DE HIJO EN FAMILIA MONOPARENTAL

**Lola
González García**

*Subdirectora de Gestión de Recursos Humanos
Hospital Universitario de Toledo*

SUMARIO

- I. Introducción.
- II. Análisis de los diferentes pronunciamientos de los tribunales.
- III. Análisis de la Sentencia 169/2023 del Tribunal Supremo.
- IV. Conclusiones.
- V. Referencias jurisprudenciales.

RESUMEN

Esta comunicación pretende analizar los distintos pronunciamientos judiciales relativos al disfrute del permiso por cuidado de hijo en familia monoparental y la reciente Sentencia del Tribunal Supremo 783/2023, como consecuencia del recurso de casación para la unificación de doctrina, interpuesto por el Ministerio Fiscal, tras las diferentes resoluciones previas a este asunto.

PALABRAS CLAVE

Permiso por cuidado de hijo, familia monoparental, permiso paternidad.

ABSTRACT

This communication aims to analyze the different judicial pronouncements related to the enjoyment of childcare leave in a single-parent family and the recent Supreme Court Ruling 783/2023, as a consequence of the appeal for the unification of doctrine, filed by the Public Prosecutor's Office, after the different previous resolutions on this matter.

KEYWORDS

Child care leave, single-parent family, paternity leave.

I. INTRODUCCIÓN

Con la aprobación del Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de Medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, se introducen unas modificaciones importantes, en cuanto a los permisos derivados del nacimiento y cuidados del menor, tanto en el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 octubre, Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), como en el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, Estatuto de los Trabajadores (ET).

La exposición de motivos del RD 6/2019 aclara la finalidad de la modificación realizada en los artículos 2 y 3 que “equiparan, en sus respectivos ámbitos de aplicación, la duración de los permisos por nacimiento de hijo o hija de ambos progenitores. Esta equiparación responde a la existencia de una clara voluntad y demanda social. Los poderes públicos no pueden desatender esta demanda que, por otro lado, es una exigencia derivada de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución; de los artículos 2 y 3.2 del Tratado de la Unión Europea; y de los artículos 21 y 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. De esta forma se da un paso importante en la consecución de la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres, en la promoción

de la conciliación de la vida personal y familiar, y en el principio de corresponsabilidad entre ambos progenitores, elementos ambos esenciales para el cumplimiento del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres en todos los ámbitos.”

El EBEP, en su artículo 49 c) recoge el permiso del progenitor diferente de la madre biológica por nacimiento, guarda con fines de adopción, acogimiento o adopción de un hijo o hija, estableciendo que tendrá una duración de dieciséis semanas de las cuales las seis semanas inmediatas posteriores al hecho causante serán en todo caso de descanso obligatorio. Ampliándose en dos semanas más, una para cada uno de los progenitores, en el supuesto de discapacidad del hijo o hija, y por cada hijo o hija a partir del segundo en los supuestos de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples, a disfrutar a partir de la fecha del nacimiento, de la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o acogimiento, o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción.

Igualmente reconoce que, este permiso podrá distribuirse por el progenitor que vaya a disfrutar del mismo siempre que las seis primeras semanas sean ininterrumpidas e inmediatamente posteriores a la fecha del nacimiento, de la decisión judicial de guarda con fines de adopción o acogimiento o decisión judicial por la que se constituya la adopción.

En el caso de que ambos progenitores trabajen y transcurridas las seis primeras semanas, el período de disfrute de este permiso podrá llevarse a cabo de manera interrumpida y ejercitarse desde la finalización del descanso obligatorio posterior al parto hasta que el hijo o la hija cumpla doce meses. En el caso del disfrute interrumpido se requerirá, para cada período de disfrute, un preaviso de al menos 15 días y se realizará por semanas completas.

En el caso de que se optara por el disfrute del presente permiso con posterioridad a la semana dieciséis del permiso por nacimiento, si el progenitor que disfruta de este último permiso hubiere solicitado la acumulación del tiempo de lactancia de un hijo menor de doce meses en jornadas completas del apartado f) del artículo 48, será a la finalización de ese período cuando se dará inicio al cómputo de las diez semanas restantes del permiso del progenitor diferente de la madre biológica.

El Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, Estatuto de los Trabajadores, recoge en el artículo 48. la suspensión con reserva de puesto de trabajo, regulando en los mismos términos que el EBEP, como no podía ser de otra manera, el permiso

por nacimiento, guarda con fines de adopción, acogimiento o adopción de un hijo o hija.

Deja claro que en el caso del otro progenitor, la finalidad el permiso es para el cumplimiento de los deberes de cuidado previstos en el artículo 68 del Código Civil, así como que este derecho es individual de la persona trabajadora sin que pueda transferirse su ejercicio al otro progenitor.

De la modificación introducida por el RDL 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 art 49 c) del EBEP y en el 48 del ET, conviene destacar varios aspectos nuevos:

- La equiparación de la duración del permiso, de 16 semanas,
- La obligatoriedad del disfrute conjunto de las seis semanas posteriores al parto
- Que es un derecho individual de la persona trabajadora, sin que pueda transferirse su ejercicio al otro progenitor.

A los permisos recogidos en el art. 49 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 octubre, del Estatuto Básico del Empleado Público, así como a los recogidos en el art. 48 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, Estatuto de los Trabajadores, les será de aplicación las peculiaridades recogidas en el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Seguridad Social. El art. 165 establece que, para causar derecho a las prestaciones del Régimen General, las personas incluidas en su campo de aplicación habrán de cumplir, además de los requisitos particulares exigidos para acceder a cada una de ellas, el requisito general de estar afiliadas y en alta en dicho Régimen o en situación asimilada a la de alta al sobrevenir la contingencia o situación protegida.

Asimismo, el art. 177 y 178 establecen los supuestos para percibir la prestación por nacimiento y cuidado de menor y los periodos mínimos de cotización para poder percibirla.

II. ANÁLISIS DE LOS DIFERENTES PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES

El colectivo de familias monoparentales, reclaman que se les permita acumular los permisos de maternidad y paternidad en una misma persona. El Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS),

desestima estas peticiones y los recursos presentados judicialmente están siendo resueltos con distintos criterios, tanto por los Juzgados de Primera Instancia como por los Tribunales Superiores de Justicia. Por ello, vamos a analizar algunas de estas Sentencias:

SENTENCIA, nº 247/2021, DEL JUZGADO C-A nº1 DE TOLEDO, de 9 de agosto de 2021.

En este caso, se trata de una profesional que habiendo disfrutado del permiso de maternidad y amparándose en la Resolución (plan concilia II) solicita disfrutar del permiso de paternidad al tratarse de una familia monoparental.

El Juez analiza la afectación constitucional de esta cuestión: desde el punto de vista del interés del menor, los derechos de la mujer derivados de la maternidad y la posición de la mujer en relación con la igualdad de género. Señala que la mayor o menor duración del permiso solicitado afecta a los derechos del menor que redundará en la obligación de cuidado y atención que su madre debe tener respecto de los menores. En cuanto a los derechos de la mujer directamente derivados de la situación de maternidad, concluye que lo solicitado es una ampliación del permiso de maternidad más que una subrogación en el de paternidad y observa una quiebra del principio de igualdad del art. 14 de la CE.

Finamente analiza el apartado 2.4 del Plan concilia II de la JCCM, que señala que “En el caso de familias monoparentales además del permiso por maternidad se podrá disfrutar del permiso por paternidad”. En base a ello, la Resolución de la Dirección Gerencia del CHT, le concede el permiso de paternidad de 8 semanas + 2 por parto múltiple en lugar de 12+2 como se establecía para el año 2020, debido a que el art. 49 del TREBEP, señala que cuatro semanas son inmediatamente posteriores al nacimiento y se solapan con las disfrutadas en el permiso de maternidad.

Tras el análisis de las normas que regulan el permiso, el Juez concluye en relación al derecho aplicable, que hay una disposición expresa, de carácter convencional, pero con fuerza normativa, obligacional y que no hay limitación ni excepción alguna. Igualmente, considera que el permiso regulado en el art. 2.4 del plan concilia tiene naturaleza propia y está vinculado a una situación, la de la monoparentalidad, por lo tanto su presupuesto de hecho es diferente que el del art. 49 del TREBEP, con lo que la regulación específica que se establece vinculada para este supuesto no puede ser trasladada, porque no hay identidad de razón. Considerando que el

permiso de paternidad configura no una subrogación en el permiso de paternidad de la madre, sino un permiso ampliado de maternidad, que responde a sus propias razones, presupuestos y requisitos, condenado al CHT a concederle 4 semanas más de permiso.

TSJ DEL PAÍS VASCO, SENTENCIA de la Sala de lo Social, nº1217/2020 de 6 de octubre.

La Sentencia de instancia desestima la demanda de la interesada por entender que la prestación de nacimiento y cuidado del menor es un derecho intransferible de cada progenitor. Nos encontramos ante un supuesto de ejercicio único del derecho, sin que se aprecie discriminación.

La Sala analiza la pretensión de la interesada desde la perspectiva del interés superior del niño, basándose en la aplicación directa de los Tratados y Acuerdos Internacionales. Señala que la reforma introducida en el art. 48 del ET, se congenia con 3 vías claras: La protección del menor y en general de la infancia; la introducción de una medida de igualdad de la mujer y un elemento de conciliación de la vida familiar, entendiéndose que corresponde la prestación solicitada por la interesada. Estimando el recurso bajo el paraguas de la no discriminación, ya que si deniega la prestación a la beneficiaria, se conculca el derecho de igualdad que consagra la Convención sobre los Derechos del Niño, debido a que la atención, cuidado y desarrollo del menor va a sufrir una merma respecto a aquellos otros que en situación semejante, encuadrados dentro de un modelo de familia biparental van a recibir.

TSJ DE CANTABRIA, SENTENCIA de la Sala de lo Social, nº255/2022, de 8 de abril.

La Sentencia de instancia estima en parte la petición, ya que amplía el permiso de nacimiento en 10 semanas adicionales a la prestación por nacimiento y cuidado de hijo, teniendo en cuenta que la madre ya ha disfrutado de 6 semanas ininterrumpidas inmediatamente al parto y que el permiso de paternidad que correspondería al otro progenitor también exige que 6 semanas se disfruten inmediatamente siguientes al parto.

La Entidad Gestora argumenta en su recurso que la norma no discrimina al menor de una familia monoparental, pues también discriminaría al menor de una familia biparental en la que uno de los progenitores no tuviera derecho a la prestación, lo que evidencia que la finalidad de la norma no es proteger el interés del menor, sino la de conceder el mismo

periodo de descanso a ambos progenitores para garantizar la igualdad efectiva de la mujer en el acceso al trabajo, añadiendo que, el subsidio, al igual que el resto de prestaciones responde a un principio básico del sistema de SS, el de contributividad. Por lo tanto, considera que no hay discriminación, ya que no existe un “teórico derecho del menor de las familias monoparentales a ser cuidado en condiciones de igualdad con respecto a las biparentales”.

La Sala analiza la pretensión de la interesada basándose en la aplicación directa de los Tratados Internacionales (Convención sobre los Derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por instrumento de 30 de noviembre de 1990), poniendo el énfasis en el principio internacional del “interés superior del niño”. Concluyendo que es posible suscitar una quiebra del principio de igualdad del art. 14 de la CE.

En la Sentencia de Instancia, considera el juzgador que la interesada sólo tiene derecho a las 10 semanas restantes del permiso por nacimiento y cuidado del menor, por ser estas las que, verdaderamente, no han disfrutado ni la demandante ni el menor por el hecho de ser familia monoparental, pues su ampliación a 16 semanas, implicaría una desigualdad “porque la familia monoparental disfrutaría de 32 semanas (16 de la madre y 16 del otro progenitor que acumula), frente a las 26 que disfrutaría la familia biparental en el caso de alternancia entre los progenitores en lugar de disfrute conjunto, criterio que comparte la Sala. En definitiva, solo se acumulan las semanas cuya finalidad es el cuidado del menor.

TSJ DE ARAGÓN SENTENCIA de la Sala de lo Social, nº 99/2022 de 14 de febrero

La Sentencia de Instancia reconoce el derecho a la interesada del disfrute acumulado de 10 semanas adicionales de prestación por nacimiento y cuidado de hijo.

El recurso interpuesto por el INSS, invoca la Sentencia del TSJ de Valencia de 19 de octubre de 2021 (recurso 1563/2021), en la cual estiman el argumento presentado por el INSS y señala la Sala que “El argumento de la protección del menor como sustento del recurso es falaz, pues no existe una supuesta vulneración de un teórico derecho del menor de las familias monoparentales a ser cuidado en condiciones de igualdad con respecto a las biparentales. Añade que, en el caso de las familias biparentales la prestación que corresponde al progenitor respecto a las doce semanas adicionales precisa como condición inexcusable su encuadramiento en la Seguridad Social y cubrir un periodo mínimo de carencia, en

caso contrario no se le concede, de modo que el interés del menor no puede ser el factor decisivo en esta cuestión, sin que pueda alegarse un trato desigual de ambos tipos de familias, desigualdad que sí se daría respecto la recurrente monoparental en el supuesto de las biparentales en que uno de los progenitores no pudiera beneficiarse de las doce semanas invocadas en la demanda y recurso. No obstante, el INSS insiste en que la paternidad es individual de la persona trabajadora, sin que se pueda transferir su ejercicio al otro progenitor e invoca la diferente naturaleza y finalidad de la prestación de maternidad y la de paternidad.

La trabajadora demandante solicita que se le reconozca el derecho a la prestación de 16 semanas adicionales que le habría correspondido al otro progenitor.

La Sala analiza el recurso interpuesto basándose en la aplicación directa de los Tratados Internacionales, en la obligación de los Estados parte de proteger “el interés superior del niño” y en la Sentencia del TSJ del País Vasco, desestimando el recurso interpuesto por el INSS, apoyándose en la vulneración del art. 14, se estima el derecho de la trabajadora a la prestación solicitada, pero de 10 semanas adicionales.

TSJ DE MADRID, SENTENCIA de la Sala de lo Social, nº 277/2022 de 4 de abril

La Sentencia de Instancia estima la demanda de la actora y declara el derecho al reconocimiento y percibo de la prestación de 16 semanas adicionales por nacimiento y cuidado de su hija. El recurso interpuesto por el INSS se basa en el que prestación económica por nacimiento y cuidado del menor está supeditada al cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley de SS. Sostiene que solo cuando exista progenitor diferente a la madre biológica y ambos trabajen, podrá causarse el derecho de aquel a 16 semanas. Añadiendo que se requiere que los progenitores se encuentren en alta en el sistema de SS y se exige un determinado periodo de cotización. Igualmente, aclara que las 6 semanas de descanso inmediatamente posteriores al parto sean disfrutadas por uno y otro progenitor, resulta imposible si no existe más que un solo progenitor.

En este caso la Sala analiza la cuestión desde el punto de vista de la Convención de los Derechos del Niño; sin embargo, la Sala no cree que pueda deducirse que, en atención al superior interés del menor o por incurrir en discriminación, el Estado español haya incumplido dicha Convención al establecer prestaciones de SS por nacimiento y cuidado

de hijo separadas para cada progenitor, sin disponer que en la situación de progenitor único se duplique la prestación. No existe una “condición” de progenitor único, ya que se trata de una situación (debida a múltiples factores posibles, como decisión personal, separación o divorcio, fallecimiento) que no es permanente, sino que puede variar con el tiempo, de modo que quien es progenitor único en el momento del nacimiento del hijo, puede dejar de serlo más adelante, e incluso ese hijo podría llegar a tener otro progenitor posterior en caso de adopción, que daría lugar a la prestación controvertida.

Aclara la Sala que no es correcta la comparación que se realiza entre “familia monoparental” y “familia biparental”, pues esta última no va a tener derecho en todos los casos a dos prestaciones, pues depende del cumplimiento de los requisitos exigidos en SS para cada progenitor. Igualmente señala que la sentencia de instancia se basa en la ficción de un segundo progenitor que está en alta y ha cotizado a la SS por la misma cuantía que la demandante. Concluyendo que, la obligación de Estado de atender mediante prestaciones económicas de SS a esa carencia depende de decisiones de política legislativa y su plasmación en leyes, como por ejemplo lo establecido en el art. 182.3 de la LGSS, que incrementa en 14 días de duración de la prestación no contributiva en caso de nacimiento de hijo en familia monoparental. Finaliza su argumentación con que el trato que se reclama como igual no es tal porque no puede serlo. Para que haya dos prestaciones tiene que haber dos progenitores pues no se permite que uno transfiera su derecho al otro, ya que el art. 48.4 ET señala que este derecho es individual de la persona trabajadora sin que pueda transferirse su ejercicio al otro progenitor. Estimando el recurso interpuesto por el INSS.

TSJ DE CASTILLA Y LEÓN, VALLADOLID, SENTENCIA de la Sala de lo C-A, nº 586/2022 de 10 de mayo

La cuestión debatida consiste en determinar si el progenitor de una persona recién nacida, con quien constituye una familia monoparental, tiene derecho a que el permiso o licencia por nacimiento y que ha disfrutado sea incrementado con el derecho que por el mismo motivo tendría el otro progenitor para así igualar desde el punto de vista temporal, la protección y ayuda que disfrutaría el descendiente. Se trataría de sumar al permiso de maternidad, el de paternidad, en el tiempo que no coinciden obligatoriamente ambos periodos y en una misma persona.

Mientras la Administración defiende que ello no está previsto en la normativa aplicable y no

contradice la igualdad en aplicación de la Ley, tanto la interesada como la sentencia de instancia consideran que, aunque esta situación no está prevista expresamente en la Ley, a ello debe llegarse desde la aplicación de protección de la familia y los hijos, con independencia de su filiación.

La sala analiza el principio de igualdad alegado por la interesada, recurriendo a varias Sentencias del TC que han dejado claro que la igualdad recogida en el art. 14 de la CE es la que impone que ante situaciones no disímiles la norma debe ser idéntica para todos y aclara que resulta ajena al núcleo de protección del citado artículo la denominada “discriminación por indiferenciación”. Por lo tanto, el principio invocado por la interesada no es en sí admisible, pues está pidiendo ser tratada de manera diferente a otras madres porque su situación no es la misma. Advierte que puede que sea legítimo que su caso sea tratado de manera distinta, pero ello debe ser contemplado por el legislador.

CONCLUSIÓN

De las sentencias analizadas, observamos diferentes pronunciamientos, aunque todas se basan en el análisis del interés del menor y el principio de igualdad.

El colectivo de familias monoparentales lleva tiempo reclamando poder acumular los permisos de maternidad y paternidad. La Ley reconoce 16 semanas a la madre y 16 al padre, es decir un total de 32 semanas. De las sentencias que estiman la pretensión de la interesada, los Tribunales discrepan en cuanto a la duración del permiso, nos encontramos con sentencias que han estimado esta reclamación hasta las 32 semanas y otras que lo limitan a 26, puesto que la Ley establece que las seis primeras semanas sean ininterrumpidas e inmediatamente posteriores a la fecha del nacimiento, de la decisión judicial de guarda con fines de adopción o acogimiento o decisión judicial por la que se constituya la adopción.

Por otra parte, nos encontramos pronunciamientos que además analizan la cuestión desde la perspectiva de que se trata de una prestación de maternidad y paternidad y que para tener derecho a ella, ambos progenitores deben cumplir con unos requisitos (encontrarse en alta en SS y un periodo de carencia), por lo que se desestima la pretensión de la interesada. Argumentan que, reconocer esta nueva prestación no es competencia de los Jueces sino del legislador.

III. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA 169/2023 DEL TRIBUNAL SUPREMO

Como consecuencia de los distintos pronunciamientos contradictorios de los Tribunales Superiores de Justicia en relación a, sumar al permiso por nacimiento y cuidado del menor de la madre de una familia monoparental, el permiso que le hubiera correspondido al otro progenitor, el Ministerio Fiscal formaliza el recurso de casación para unificación de doctrina, tras la Sentencia del TSJ del País Vasco.

La cuestión a decidir consiste en determinar si una familia monoparental, la única progenitora que disfrutó de la prestación por nacimiento y cuidado del menor tiene derecho, además, a la prestación que le hubiera correspondido al otro progenitor de haber existido.

La Sentencia del TSJ del País Vasco, estima el recurso basándose en el interés superior del menor, entendiendo que el art. 48 del ET introduce un elemento importante de discriminación respecto de la mujer en relación con los fundamentos de la conciliación de la vida laboral y familiar, señalando que en las familias monoparentales, está perjudicando a la mujer de manera indirecta porque no puede compartir el cuidado del menor, mermando sus posibilidades de atención al mismo.

El Ministerio Fiscal entiende que la normativa aplicada no es contraria a la Convención sobre Derechos del Niño, que solo obliga a los Estados a respetar y asegurar la aplicación de los derechos, considerando que la nueva redacción del art. 48 del ET no establece un trato discriminatorio, que vulnere el principio de igualdad, entre los niños de las familias biparentales o monoparentales. Añadiendo 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 4 meses.

La sala analiza la pretensión del asunto desde el punto de vista de la implicación que supondría confirmar la sentencia del TSJ del País Vasco en las prestaciones contributivas en la SS, así como los efectos que se producirían en el ámbito de su relación contractual con el empleador. En relación a la primera, en la actualidad se trata de una prestación contributiva, de las que serán beneficiarias las personas incluidas en el Régimen General de la SS, que disfruten del permiso previsto en el art. 48 de ET, que se encuentren en alta o situación asimilada y que cuente con el periodo de carencia previsto en la Ley para cada supuesto. Confirmar la Sentencia del TSJ

implicaría un cambio normativo que supondría crear una nueva prestación contributiva a favor de los progenitores de familia monoparentales. En cuanto a la segunda, ocurre lo mismo, se debería modificar el régimen jurídico de la suspensión contractual por causa de nacimiento y cuidado de hijo, ya que el empleador debería soportar una duración mayor de la suspensión prevista en la Ley, lo que afectaría sus previsiones de sustitución o reorganización de la empresa, que no le eximiría de sus obligaciones de cotización en materia de SS. Concluyendo la Sala, que una intervención de tal calibre, dista mucho de las funciones de los órganos judiciales, ya que ellos aplican e interpretan las leyes, pero no crean derecho. La ampliación de la protección que el sistema otorga a las familias monoparentales, corresponde determinarlo al legislador.

De igual manera la sala realiza un análisis de la normativa tanto nacional como internacional, en relación a la protección por nacimiento y cuidado del menor de este tipo de familias y concluye que no resulta contraria al principio de igualdad del art 14 de la CE, ni existe ningún precepto del Derecho de la Unión que obliguen a establecer un específico nivel de protección social a las familias monoparentales. Respecto al interés por la protección del menor, recuerda la sala, que en toda la prestación por nacimiento de hijo y cuidado del menor está presente esta especial atención, pero no es el único interés que debe atenderse, razón por la que el legislador ha prestado especial atención al principio de igualdad entre hombres y mujeres al dictar la normativa en vigor, que tiene como finalidad la corresponsabilidad entre ambos progenitores en el cuidado del menor.

Por toda esta argumentación la Sala estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Ministerio Fiscal. Casa y anula la sentencia del 6 de octubre de 2020, dictada por la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco.

IV. CONCLUSIONES

La cuestión a decidir en el conflicto generado como consecuencia de los distintos pronunciamientos judiciales, consiste en determinar si una familia monoparental, la única progenitora que disfrutó de la prestación por nacimiento y cuidado del menor tiene derecho, además, a la prestación que le hubiera correspondido al otro progenitor de haber existido. Tras el análisis realizado por la Sala, concluye que no cabe la acumulación por los siguientes motivos:

- Si se confirmara la Sentencia del TSJ, implicaría un cambio normativo en los siguientes términos:

- Crear una prestación contributiva nueva a favor de los progenitores de familias monoparentales, ya que la actual requiere el cumplimiento de los requisitos de ser beneficiaria del Régimen General de la SS, estar en alta o situación asimilado y reunir el periodo de carencia que se determina en la Ley, circunstancia que solo se puede dar en la madre, ya que el otro progenitor es ficticio.

- Modificar el régimen jurídico de la suspensión contractual por causa de nacimiento y cuidado de hijo, ya que el empleador debería soportar una duración mayor de la suspensión prevista en la Ley, lo que afectaría sus previsiones de sustitución o reorganización de la empresa, que no le eximiría de sus obligaciones de cotización en materia de SS

- Respecto al interés por la protección del menor, recuerda la sala, que en toda la prestación por nacimiento de hijo y cuidado del menor está presente esta especial atención, pero no es el único interés que debe atenderse, razón por la que el legislador ha prestado especial atención al principio de igualdad entre hombres y mujeres al dictar la normativa en vigor, igualando el periodo temporal de 16 semanas en la prestación de paternidad con la de maternidad y que tiene como finalidad la corresponsabilidad entre ambos progenitores en el cuidado del menor, tal y como señala la exposición de motivos del RDL 6/2019.

- Finalmente, aclara en relación con la interpretación sobre la perspectiva de género, que la normativa vigente no vulnera el principio de igualdad del art. 14 de la CE, ni de la Directiva Europea, ni de los Tratados y Acuerdos ratificados por España.

Es decir, el TS concluye que, con la normativa vigente no ve cobertura legal para ampliar el permiso de maternidad en familias monoparentales, razona que la función de los Tribunales es la aplicación e interpretación de la norma, pero no crear derecho y añade que es el legislador el competente para valorar los intereses en juego y decidir la solución más conveniente, ya que ha tenido la oportunidad de modificarlo con la reciente reforma de la Ley de aborto, pero no lo hizo, ya que voto en contra de la enmienda introducida en el Senado que pretendía encuadrar la ampliación del permiso para familias monoparentales.

Existe un Voto particular que discrepa con el fallo de la Sentencia, basándose en que en toda la normativa tanto nacional como internacional establece que el interés superior del menor debe tener una consideración primordial, que es un derecho y en todo caso, el principio interpretativo del interés superior del menor debe prevalecer. Añade, que su discrepancia, se basa en que existen precedentes de la sala sobre interpretaciones integradoras de prestaciones de seguridad social anudadas a causas de suspensión del contrato, realizadas en virtud del superior interés del menor que en este caso no se han tenido en cuenta, como es la STS 881/2016, en un caso de “gestación por sustitución”.

V. REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

SENTENCIA 169/2023 DEL TRIBUNAL SUPREMO.

SENTENCIA, nº 247/2021, DEL JUZGADO C-A nº1 DE TOLEDO, de 9 de agosto de 2021.

TSJ DEL PAÍS VASCO, SENTENCIA de la Sala de lo Social, nº1217/2020 de 6 de octubre.

TSJ DE CASTILLA Y LEÓN, VALLADOLID, SENTENCIA de la Sala de lo C-A, nº 586/2022 de 10 de mayo.

TSJ DE MADRID, SENTENCIA de la Sala de lo Social, nº 277/2022 de 4 de abril.

TSJ DE ARAGÓN SENTENCIA de la Sala de lo Social, nº 99/2022 de 14 de febrero.

TSJ DE CANTABRIA, SENTENCIA de la Sala de lo Social, nº255/2022, de 8 de abril.