

Familia monoparental y permiso de paternidad: ¿es posible la acumulación y disfrute de los dos permisos en un solo progenitor por vía de interpretación jurídica finalista?

José Luis Monereo Pérez

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada.
Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*

Resumen: *La cuestión a decidir en el presente recurso de casación para la unificación de la doctrina consiste en determinar si en una familia monoparental, la única progenitora de un menor 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. No procede la ampliación de la prestación de nacimiento y cuidado del menor en familia monoparental a través de la acumulación de los permisos de cuidado y nacimiento por hijo en familias monoparentales. Solicitud de reconocimiento de una nueva prestación, distinta a la ya reconocida, y coincidente con la que hubiera correspondido al otro progenitor. Denegación en aplicación de la normativa vigente que cumple las exigencias derivadas del Derecho de la Unión Europea, de la Constitución y de acuerdos y tratados internacionales. Es al legislador a quien corresponde determinar el alcance y contenido de la protección que debe dispensarse a este tipo de familias monoparentales. Se estima el recurso del Ministerio Fiscal en virtud de la posibilidad que le otorga el artículo 219.3 LRJS conforme al cual, en su función de defensa de la legalidad, puede interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina. Voto Particular.*

Palabras clave: *Familia monoparental. Permiso de paternidad. Acumulación y disfrute de los dos permisos de paternidad en un solo progenitor. Límites y deberes en la interpretación judicial.*

Abstract: *The issue to be decided in this appeal for the unification of doctrine is to determine whether, in a single-parent family, the sole parent of a child who received the childbirth and childcare benefit is also entitled to the benefit that would have corresponded to the other parent if she had existed. The extension of the benefit for the birth and care of a child in a single-parent family through the accumulation of child care and childbirth leave in single-parent families is not applicable. Request for recognition of a new benefit, different from that already recognized, and coinciding with that which would have corresponded to the other parent. Denial in application of the current legislation that complies with the requirements derived from European Union Law, the Constitution and international agreements and treaties. It is up to the legislator to determine the scope and content of the protection to be afforded to this type of single-parent families. The appeal of the Public Prosecutor's Office is upheld by virtue of the possibility granted by article 219.3 LRJS, according to which, in its function of*

defending legality, it may file an appeal in cassation for the unification of doctrine. Separate Opinion.

Keywords: *Single-parent family. Paternity leave. Accumulation and enjoyment of the two paternity leaves in a single parent. Limits and duties in the judicial interpretation.*

“Ante todo, el Derecho positivo debe continuar siendo una cosa viva [...]: es luchar con el ánimo puesto en una perfecta y constante adaptación a las exigencias de la vida social [...] cuando la ley pueda llenar ella misma sus lagunas, esto no podrá hacerse sin retraso y sin preparación. Pero la vida no espera y desprovista de toda guía formal, el intérprete debe responder a sus instancias. Durante el reposo del legislador es necesario que aquél aplique el Derecho en su principio, preparando al propio tiempo la labor que el organismo formal deberá acabar cuando entre en acción [...]. Por lo demás, el ejemplo de todo el pasado jurídico nos muestra mejor que todo razonamiento, la necesidad, al lado de la fuerza propiamente legislativa, de un órgano más flexible, que informe y aplique el Derecho, a lo menos para remediar las insuficiencias de la ley”

FRANÇOIS GÉNY^[1]

I. Introducción

El Tribunal Supremo, Sala Cuarta, vio y analizó el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Ministerio Fiscal, contra 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, formulado frente a la 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. Han comparecido ante esta Sala en concepto de partes recurridas el Instituto Nacional de la Seguridad Social, representado y defendido por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social y Doña Isidora representada y defendida por la Letrada Doña Maider Katti Aguirre Lizarraga.

La cuestión a decidir en el referido recurso de casación para la unificación de la doctrina es de gran importancia jurídico práctica (pues, entre otras cuestiones, entran en juego distintos bienes jurídicos merecedores de la máxima tutela efectiva) y viene siendo, además, objeto de controversia entre los distintos ámbitos del orden social de la jurisdicción que hasta el momento han mantenido criterios de solución divergentes. Consiste, en apretada síntesis, en determinar si en 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.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo, Sala de lo Social (Pleno).

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 169/2023, de 2 de marzo.

Tipo y número recurso: RCUd núm. 3972/2020.

ECLI:ES:TS:2023:783.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Antonio Blasco Pellicer.

Votos Particulares: Voto Particular de Sr. D. Ignacio García-Perrote, y adhesión de Sra. Dña. Rosa María Virolés Piñol

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

Con fecha 18 de mayo de 2020 el Juzgado de lo Social núm. 5 de Bilbao, dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos: "PRIMERO.-La actora, D^a. Isidora , con DNI n° NUM000 y afiliada a la Seguridad Social, tuvo una hija el NUM001 /2019, reconociéndosele por Resolución de 8/07/2019 el derecho a la prestación de nacimiento y cuidado de menor hasta el 5/10/2019, siendo ella la única progenitora y constituyendo así una familia monoparental. SEGUNDO.- La Sra. Isidora presentó nueva solicitud de prestación de nacimiento y cuidado de menor el NUM002 / 2019 del otro progenitor de 8 semanas a disfrutar entre el 6/10/2019 y el 30/11/2019. TERCERO.- Por Resolución del INSS de 10/10/2019 se denegó a la actora la prestación instada por no encontrarse en ninguna de las situaciones protegidas, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 183 y 318 LGSS. Interpuesta reclamación previa, fue desestimada por Resolución de 13/11/2019 en aplicación del Real Decreto Ley 6/2019, de 1 de marzo.

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Fallo: Desestimando la demanda presentada por D^a. Isidora frente a INSS y TGSS, debo absolver y absuelvo a los demandados de las pretensiones vertidas en su contra, confirmando lo resuelto en vía administrativa".

La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D^a. Isidora ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, la cual dictó sentencia en fecha 6 de octubre de 2020, en la que consta el siguiente fallo: "Se estima el recurso de suplicación interpuesto frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n° 5 de Bilbao de 18-5-2020, procedimiento 1015/19, por doña Maider Katti Aguirre Lizarraga, Letrado que actúa en nombre y representación de doña Isidora , y con revocación de la misma se estima su demanda y se declara su derecho a disfrutar de 8 semanas adicionales de prestación por nacimiento y cuidado de hijo, condenando al Instituto Nacional de la Seguridad Social y a la Tesorería General de la Seguridad Social, a estar y pasar por la anterior declaración y al abono de la prestación correspondiente sobre la base reguladora de 122,61 euros días, sin costas".

Por la representación procesal del Ministerio Fiscal se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina. El recurso se interpone al amparo del artículo 219.3 LRJS, al no existir doctrina unificada en la materia propuesta para la unificación por la Sala. Se admite a trámite el recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

Estima la Sala del Tribunal Supremo que, dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, procede su debate por la Sala en Pleno, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. A tal efecto se suspende el señalamiento acordado para el día de la fecha, trasladando el mismo para el día quince de febrero de dos mil veintitrés, para cuya fecha se convocará a todos los Magistrados de esta Sala. En dicho acto, el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. D. Ignacio García-Perrote Escartín, señaló que no compartía la decisión mayoritaria de la Sala y que formularía voto particular, por lo que se encomendó la redacción de la ponencia al Excmo. Sr. Magistrado D. Ángel Antonio Blasco Pellicer.

IV. Posición de las partes

-El recurso ha sido interpuesto por el Ministerio Fiscal en virtud de la posibilidad que le otorga el artículo 219.3 LRJS conforme al cual, en su función de defensa de la legalidad, puede interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina, entre otros supuestos, en aquellos en los que las normas cuestionadas sean de reciente vigencia o aplicación por llevar menos de cinco años en vigor en el momento de haberse iniciado el proceso en primera instancia, y no existieran aún resoluciones suficientes e idóneas sobre todas las cuestiones discutidas que cumplieran los requisitos del apartado 1 del mencionado artículo 219 LRJS. El Ministerio Fiscal

considera errónea la interpretación que realiza la sentencia de los artículos 177 a 180 LGSS con relación al artículo 48.4 ET al considerar que vulneran la Convención sobre los Derechos del Niño y el principio de igualdad y entiende que la normativa aplicada no es contraria a la citada Convención.

-El recurso ha sido impugnado de contrario. Por el INSS mediante escrito en el que interesa la estimación del recurso avalando los argumentos contenidos en el mismo e introduciendo, al efecto, las consideraciones oportunas. Por la actora oponiéndose a la estimación del recurso solicitando la confirmación de la sentencia recurrida y pidiendo expresamente, que, en todo caso, la situación jurídica creada por la sentencia recurrida sea mantenida.

- La parte actora se opone a las infracciones denunciadas por el Ministerio Fiscal y sostiene argumentalmente los razonamientos de la sentencia recurrida que considera correctos y suficientes para el mantenimiento del fallo, exponiendo ampliamente que se encuentran amparados en doctrina judicial que cita. Sostiene, además, que la única interpretación adecuada para salvaguardar los intereses del menor y para evitar cualquier tipo de discriminación a la mujer es la mantenida por la sentencia recurrida.

V. Normativa aplicable al caso

- Artículo 10.2, 93 a 96, y artículos 14 y 39 CE.

- Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) que contiene previsiones (artículo 21 - prohibición de discriminación-; artículo 24 - especial atención al interés del menor; artículo 33 -derecho de toda persona a un permiso pagado por maternidad y un permiso parental por nacimiento o adopción de un niño-), a las que la legislación española se adecúa. Asimismo, el artículo 53 (Nivel de protección en la garantía multinivel de los derechos fundamentales).

- Carta Social Europea Revisada de 1996 (Ratificada por España), artículos 12.3, 20 y 27. Protocolo de Reclamaciones Colectivas.

- Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, ratificada por España y publicada en el BOE de 31 de diciembre de 1990, artículos 2.1, 18 y 26.

- Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, artículo 8.

- Ley 25/2014 de 27 de noviembre sobre Tratados y acuerdo internacionales, artículo 31.

- 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.

- Artículo 48.4 del ET.

- Artículo 219.3 de la LRJS.

-LGSS, en el Título II sobre su régimen general y en el seno del Capítulo VI denominado "Nacimiento y cuidado del Menor", artículo 177.

- Ley Orgánica 8/2015, de 20 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

- Artículo 3 del Código Civil.

VI. Doctrina básica

1º. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 6 de octubre de 2020, Rec. 941/2020, revocó la sentencia de instancia recurrida y, tras declarar el derecho de la demandante a disfrutar de ocho semanas adicionales de

prestación por nacimiento y cuidado de hijo, reconoció a la actora la prestación solicitada condenando al INSS y a la TGSS a su abono. La sentencia recurrida fundamentó la estimación del recurso basándose en el interés superior del menor, entendiendo que el artículo 48 ET introduce un elemento importante de discriminación respecto de la mujer en relación a los fundamentos de la conciliación de la vida laboral y familiar, razonando que las familias monoparentales, mayoritariamente constituidas por mujeres, según datos del INE que cita, está perjudicando a la mujer de manera indirecta porque no puede compartir el cuidado del menor, mermando sus posibilidades de atención al mismo.

2°. Sin embargo, la interpretación con perspectiva de género no resulta determinante para la resolución del caso, puesto que lo que se nos pide va más allá de lo que significa "interpretar y aplicar el derecho" y se sitúa en el ámbito de su creación. Interpretar con perspectiva de género implica añadir un canon hermenéutico para la comprensión del derecho que consiste en rechazar cualquier inteligencia de la norma que conduzca a una discriminación de la mujer, utilizando, en cambio, las que conduzcan a erradicar cualquier situación de discriminación. No es necesario ahondar en las situaciones y supuestos en los que la Sala ha aplicado ese canon de interpretación que no cabe aplicar cuando el legislador, como es el caso, es consciente de la situación que regula y de las consecuencias de la misma y establece una normativa que tiende corresponsabilizar al varón en la educación y crianza de los hijos, como la fórmula elegida para corregir y evitar una discriminación ancestral de la mujer en este terreno que resultaba urgente remediar. No estamos en un supuesto en que quepa aplicar aquella visión porque no hay discriminación, sino ante un eventual déficit de protección concreto querido y consentido por el legislador.

3°. Como hace notar el Tribunal Supremo, el legislador en materia de protección social no ha olvidado a las familias monoparentales, ya que en el supuesto especial en el que una mujer, en caso de parto, no tenga cotización mínima suficiente, se le conceden 42 días naturales de prestación que se incrementa en 14 días adicionales en los casos de familias monoparentales (artículo 182.3.b LGSS). Añadiéndose previsiones sobre prestaciones familiares no contributivas en supuestos de este tipo de familias (artículo 351.b LGSS). Además, a juicio de la Sala, los datos disponibles revelan que estamos ante una situación conocida por el legislador que, por razones en las que no nos corresponde entrar, ha decidido de momento no intervenir para regular la situación que aquí se plantea. Ello sin perjuicio de que pueda realizarlo en cualquier caso cuando lo considere oportuno. Lo bien cierto es que, a la fecha de la deliberación de esta resolución, consta que el parlamento no ha aprobado una proposición de ley orientada a ampliar el permiso a 32 semanas en el caso de las familias monoparentales (B.O. Congreso de los Diputados de 14 de enero de 2022) y que, en fecha reciente, el Senado ha desestimado por abrumadora mayoría una enmienda, la n.º 93, al Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, consistente en la modificación del artículo 48.4 ET en el siguiente sentido: "en el supuesto de familias monoparentales, la persona trabajadora podrá acumular el tiempo de permiso que correspondería a la otra persona trabajadora si la hubiera". (Diario Oficial del Senado de 8 de febrero de 2023).

4°. La posible ampliación de la protección que el sistema otorga a un determinado colectivo -las familias monoparentales- en su alcance, e intensidad corresponde determinarlo exclusivamente al legislador; sin que esta Sala -ni ningún otro órgano judicial- pueda adoptar decisiones singularizadas que sustituyan, amplíen o restrinjan la configuración efectuada por legislador, mucho menos, si tales decisiones pueden potencialmente afectar a la economía del sistema contributivo de protección social. Con lo cual, cabe añadir aquí, que, significativamente, se atiende al impacto que dicha ampliación tendría en el régimen de financiación de la Seguridad Social.

5°. Respecto al interés por la protección del menor, como principio que debe informar el ordenamiento jurídico y como criterio hermenéutico que debe ser utilizado por los Tribunales, conviene recordar que en toda la regulación de la prestación por

nacimiento de hijo y cuidado del menor está, sin duda presente, la atención a ese singular interés, que no es el único al que debe atenderse; razón por la que el legislador, también ha prestado especial atención al principio de igualdad entre hombres y mujeres al confeccionar una normativa que, asimismo, tiene como finalidad lograr la corresponsabilidad entre ambos progenitores en el cuidado del menor. Al efecto, las fórmulas establecidas por el legislador tratan de cohesionar todos los intereses que deben considerarse en la regulación de tan delicada materia; y, en esto se ha de atender al principio de ponderación.

VII. Parte dispositiva

El Tribunal Supremo, Sala cuarta, decide: 1.- Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Ministerio Fiscal. 2.- 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. 3.- 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. 4.- La presente resolución no afectará a la situación particular de Doña Isidora creada por la sentencia que aquí se casa y anula. 5.- No efectuar declaración alguna sobre imposición de costas.

VIII. Pasajes decisivos

Desestimar el recurso que examinamos y confirmar la sentencia recurrida implicaría varias consecuencias que interferirían sensiblemente en el orden normativo expuesto ya que, en primer lugar, supondría crear una prestación contributiva nueva en favor de los progenitores de familias monoparentales que, además, quedaría estrictamente limitada a la duplicación de la duración de la misma, sin modificar los condicionantes específicos en materia de período de cotización previa o del régimen jurídico de su propia concesión o subsistencia, alterando la configuración diseñada por el legislador. En segundo lugar, necesariamente, deberíamos modificar el régimen jurídico de la suspensión contractual por causa de nacimiento y cuidado de hijo que tan prolijamente establece el apartado 4 del artículo 48 ET, lo que, sin duda de clase alguna, afectaría al otro sujeto de la relación contractual que se vería obligado a soportar una duración mayor de la suspensión contractual prevista expresamente en la ley, lo que le afectaría en sus previsiones de sustitución o de reorganización de la empresa y que, a salvo de una intervención normativa ulterior, no le eximiría del cumplimiento de las obligaciones de cotización en materia de Seguridad Social. Una intervención de tal calibre dista mucho de lo que la organización constitucional del Estado encomienda a los jueces y tribunales. Su función es la aplicación e interpretación de la norma, pero no la creación del derecho. La intervención en el ordenamiento jurídico que exige una pretensión como la que se sostiene en el presente procedimiento sólo le corresponde al legislador, sin que la misma pueda ser suplida a través de resoluciones judiciales que vayan más allá de sus propias funciones jurisdiccionales, entre las que no se encuentran, desde luego, la modificación del régimen prestacional de la Seguridad Social, ni la modificación de la organización de la suspensión del contrato de trabajo por causas previstas en la ley, a través de la aplicación de criterios interpretativos concretos previstos legalmente que no se circunscriben a la aplicación de la norma en supuestos fácticos que, razonablemente, no parecen claramente delimitados en el ámbito de afectación de la norma interpretada. Indica, pues, declarativamente, que la función de creación del Derecho está reservada al poder legislativo, y que los jueces y tribunales tienen que limitarse a la aplicación e interpretación estricta de las normas aplicables al caso.

Por lo que respecta a la Constitución Española, se afirma que según constante y reiterada doctrina constitucional, corresponde al legislador determinar el nivel y condiciones de las prestaciones a efectuar o las modificaciones para adaptarlas a las necesidades del momento. Así lo vino señalando el Tribunal Constitucional como se

recuerda en su sentencia 75/2011 diciendo que "el art. 41 CE convierte a la Seguridad Social en una función estatal en la que pasa a ocupar una posición decisiva el remedio de situaciones de necesidad, pero tales situaciones han de ser apreciadas y determinadas teniendo en cuenta el contexto general en que se producen y en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los diversos grupos sociales. No puede excluirse por ello que el legislador, apreciando la importancia relativa de las situaciones de necesidad a satisfacer, regule, en atención a las circunstancias indicadas, el nivel y condiciones de las prestaciones a efectuar o las modifique para adaptarlas a las necesidades del momento (STC 65/1987, de 21 de mayo, FJ 17)". En definitiva, como advierte la propia STC 197/2003, de 30 de octubre, FJ 6 in fine, si bien la cobertura de las situaciones de necesidad de los colectivos sociales "es un ideal claramente deseable a la luz de los principios rectores de la política social y económica que nuestra Constitución asume en sus arts. 41 y 50 y que han de informar la legislación positiva - art. 53.3 CE-", sin embargo "este Tribunal Constitucional no debe interferir con decisiones singularizadas susceptibles de alterar el equilibrio económico financiero del conjunto del sistema, salvo que la diferencia de tratamiento controvertida esté desprovista de toda justificación objetiva y razonable (STC 184/1993, de 31 de mayo, FJ 6)".

Razones que refuerzan la tesis de que estamos ante la posible ampliación de la protección que el sistema otorga a un determinado colectivo -las familias monoparentales- cuyo alcance, e intensidad corresponde determinarlo al legislador; sin que esta Sala -ni ningún otro órgano judicial- pueda adoptar decisiones singularizadas que sustituyan, amplíen o restrinjan la configuración efectuada por legislador, mucho menos, si tales decisiones pueden potencialmente afectar a la economía del sistema contributivo de protección social. Teniendo en cuenta, además, que la regulación vigente de la protección por nacimiento y cuidado del menor en este tipo de familias ni resulta contraria al principio de igualdad del artículo 14 CE, ni contraviene ningún principio constitucional, sin perjuicio de que de "lege ferenda" pudiera ser deseable que fuera mayor o más intensa, lo que, obviamente, también sería predicable para otros colectivos sociales. Nótese que se reitera -como un *leitmotiv* de la operación interpretativa de la sentencia- el principio de división competencial (formal y material) entre el poder legislativo y el poder judicial, o, en otras palabras, entre la decisión legislativa y la decisión judicial.

Respecto de este último aspecto, el interés por la protección del menor, como principio que debe informar el ordenamiento jurídico y como criterio hermenéutico que debe ser utilizado por los Tribunales, conviene recordar que en toda la regulación de la prestación por nacimiento de hijo y cuidado del menor está, sin duda presente, la atención a ese singular interés, que no es el único al que debe atenderse; razón por la que el legislador, también ha prestado especial atención al principio de igualdad entre hombres y mujeres al confeccionar una normativa que, asimismo, tiene como finalidad lograr la corresponsabilidad entre ambos progenitores en el cuidado del menor. Al efecto, las fórmulas establecidas por el legislador tratan de cohonestar todos los intereses que deben considerarse en la regulación de tan delicada materia; y, en este ejercicio de ponderación, han considerado que el disfrute de los derechos de conciliación y la protección dispensada en estos casos eviten que el ejercicio de aquellos perpetúe roles de género que no se corresponden con la situación social actual ni mucho menos con el principio de igualdad que sustenta todo el ordenamiento jurídico. En atención a todo ello, el legislador ha efectuado la ponderación de los derechos e intereses en juego que ha estimado más oportuna y conveniente, entre las muchas posibles, en función de los recursos financieros disponibles y en atención a la prioridad de las necesidades que un estado social y democrático de derecho tiene que atender. Sin que tal ponderación, cuyo resultado es la normativa vigente, pueda ser obviada por el intérprete y aplicador de la ley, si se tiene en cuenta que, como venimos reiterando, estamos en presencia de una regulación concreta que respeta la letra y el espíritu de la Constitución y el resto de normas internacionales aplicables. Razones todas estas que llevan a la conclusión de que la solución al conflicto no puede sostenerse, como hace la sentencia recurrida, en la necesidad de tener en cuenta el interés del menor; no sólo porque no es el único en juego, sino porque no existe una

supuesta vulneración de un teórico derecho del menor de las familias monoparentales a ser cuidado en condiciones de igualdad con respecto a las biparentales. En éstas, la prestación que corresponde al otro progenitor precisa como condición inexcusable su encuadramiento y alta en la Seguridad Social y cubrir un periodo mínimo de carencia; y, en caso contrario, no se le concede, de modo que el interés del menor, cuya importancia no se desconoce y se considera de especial relevancia por la Sala, no puede ser el único factor decisivo y determinante en esta cuestión que debemos resolver.

IX. Comentario

Se ha de realzar, ante todo, el alto nivel del razonamiento judicial tanto de la Sentencia (que recoge el criterio mayoritario del Tribunal Supremo, Sala 4ª) como del Voto particular, ante un caso difícil y dotado de gran complejidad, entre otras cuestiones, por la concurrencia entre normas-regla y normas de principios vinculados entre sí y que deben ser objeto de armonización a través de la interpretación judicial. A lo que cabe añadir que la argumentación jurídica en sí como el sentido de la resolución van más allá del concreto supuesto examinado, pues alcanza al papel de los órganos judiciales en el Estado Constitucional de Derecho atendiendo al conjunto integrado de reglas de interpretación que rigen en el ordenamiento jurídico de garantía multinivel de los derechos (en virtud, señaladamente, del juego de los artículos 93 a 96 en relación con la cláusula de apertura constitucional al orden internacional -en vía de interpretación conforme- establecida por expreso mandato constitucional en el artículo 10.2 de nuestra Constitución; y asimismo atendiendo a lo previsto en el artículo 53 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea).

Estamos en presencia de un supuesto específico de suspensión del contrato de trabajo que, una vez producidas las exigencias normativas, opera "*ope legis*" y justifica la cesación de las obligaciones mutuas básicas del contrato de trabajo -prestación de servicios y prestación salarial-, garantizando el derecho a la reincorporación al finalizar el período legalmente previsto de suspensión^[2]. En el caso de los permisos de paternidad esta suspensión de la relación laboral es coextensa a la prestación contributiva correspondiente de Seguridad Social^[3].

La familia monoparental es definida, entre otras disposiciones, en el artículo 182.3 b) LGSS ("la constituida por un solo progenitor con el que convive el hijo nacido y que constituye el sustentador único de la familia"). Caben varios tipos normativos de familia monoparental. Sin ánimo de exhaustividad, es posible reconocer que en tal definición caben no sólo la que se configura por la demandante en este caso, también las familias monoparentales derivadas de la maternidad biológica por inseminación artificial, o la derivada de una gestación subrogada; la formada por adopción efectuada por un solo progenitor, la derivada de separación o divorcio, la derivada del fallecimiento de uno de los progenitores, etc. Al respecto, los datos estadísticos proporcionados por el INE revelan que las familias monoparentales como la del supuesto que nos ocupa, son únicamente el 15,8% de las que tal instituto califica como tales.

La cuestión a decidir en el presente recurso de casación para la unificación de la doctrina consiste en determinar si en 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.

Hay que tener en cuenta que en nuestro país cerca de dos millones de hogares de un solo progenitor con hijos y más del 80 % de ellos están encabezados por mujeres. Por otra parte, varias Sentencias de los Juzgados de lo Social y de los Tribunales Superiores de Justicia habían reconocido hasta el momento el derecho de las madres de familias monoparentales a disfrutar de un segundo permiso, aunque había también votos particulares de magistrados discrepantes. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 6 de octubre de 2020, Rec. 941/2020, revocó la sentencia de instancia recurrida y, tras declarar el derecho de la demandante a

disfrutar de ocho semanas adicionales de prestación por nacimiento y cuidado de hijo, reconoció a la actora la prestación solicitada condenando al INSS y a la TGSS a su abono.

Con todo, una cuestión central del debate reside en determinar el sentido y alcance consideración primordial del interés superior del niño, sin desatender la perspectiva de género (dado ese elevadísimo porcentaje de mujeres que conforman la modalidad de familia “monoparental”). Y, en relación a ello, responder al interrogante de si es posible en el caso de autos realizar una interpretación integradora, de manera que se aplicaran prestaciones de Seguridad Social y causas de suspensión del contrato de trabajo a supuestos no expresamente previstos por el legislador.

En este sentido cabe decir que en numerosas sentencias del Tribunal Supremo se ha considerado posible -y admisible en términos compatibles con el Estado constitucional de Derecho- realizar una interpretación integradora de las normas aplicables, en base -especialmente- al interés superior del niño, que debe tener una consideración primordial, así como a la perspectiva de género con que debe realizarse dicha interpretación habida cuenta de que, en nuestro caso, se trata de una familia monoparental en la que la afectada, la madre biológica, es la única progenitora de un menor^[4]. Y sin embargo en esta ocasión el mismo Alto Tribunal cierra la puerta (aunque según el conocido refrán “cuando una puerta se cierra, otra se abre”) a una interpretación integradora y de conformidad por la aplicación de normas de principios y valores que obligan, llegado el caso, a realizar una labor integradora y correctora en vía interpretativa de resultados contrarios a dichas normas de principios y valores que se establecen en el ordenamiento pensando ante todo en esos “casos difíciles” donde puede no atenderse a ellos: en nuestro caso el principio de interpretación (aun correctora, pero habilitada para ello por la norma de principios) de hacer prevalecer el interés y los derechos del niño, por un lado, y por otro, garantizar el principio real de igualdad y no discriminación por razón de género a la par que servir a la función promocional de este principio de igualdad y no discriminación que se consagra en el grupo o bloque normativo regulador de referencia (reténgase, por ejemplo, el concepto de textura abierta de “discriminación indirecta” en la normativa de la Unión Europea y en su transposición y garantía en los ordenamientos jurídicos internos de los países miembros, incluido el de nuestro país).

En este orden de ideas, entiendo, con el voto particular, que sí era posible realizar una interpretación integradora, de manera que se aplicaran prestaciones de seguridad social y causas de suspensión del contrato de trabajo a supuestos no expresamente previstos por el legislador, y, sin embargo, en el presente caso no se ha considerado posible hacer lo mismo que en otros pronunciamientos. En efecto, del mismo modo que en otras sentencias del propio Tribunal Supremo que, por la vía de la interpretación hacen prevalecer el interés preferente del niño y llegado el caso utilizando la perspectiva de género, extienden la protección del sistema de Seguridad Social, y la percepción de las correspondientes prestaciones, a supuestos no expresamente contemplados por la normativa de Seguridad Social.

Pero ese criterio interpretativo se podría realizar con base en un potente soporte normativo, puesto que encontraría también apoyo en la amplia -y nítida en su redacción literal y finalista- normativa internacional e interna que obliga a realizar una interpretación que haga valer preferentemente los derechos del niño y en la perspectiva de género (que de manera evidente concurre en el caso, porque más del ochenta por ciento de las familias monoparentales son mujeres)^[5].

Interesa puntualizar que lo que subyace a la controversia jurídica aquí analizada conduce típicamente a una interpretación jurídica de un grupo normativo regulador que tiene que mirarse necesariamente a la luz del cano de apertura constitucional del artículo 10.2 de nuestra Norma Fundamental, en relación con los artículos 93 a 96 de la misma. Las interpretaciones “conforme” y las interpretaciones de “adecuación finalista” (para realizar los fines y valores que la normativa aplicable quiere garantizar ante todo) no rompen las fronteras -por otra parte fluidas en un Estado constitucional

de Derecho- entre el poder legislativo y los órganos del poder judicial, sino que al amparo de las normas dictadas por los poderes legislativos (nacionales e internacionales) se considera que los órganos judiciales tienen que llevar a cabo actividades no meramente silogísticas en la aplicación de las normas vigente precisamente porque se les pide *por imperativo normativo* esa actitud proactiva en vía de interpretación en orden hacer prevalecer de manera motivada (dentro del margen de discrecionalidad que permite el grupo normativo aplicable que contiene también normas positivadas de principios; es decir, reglas y principios formulados en normas) la garantía efectiva de los intereses del niño o, en su caso, evitar también - adicionalmente- discriminaciones indirectas en la perspectiva de género; y hacerlo sin dilaciones indebidas a la espera de una nueva regulación legislativa más completa y satisfactoria.

Esta función del jurista en el Estado constitucional no cuestiona la vinculación del órgano judicial a la Ley y a las reglas del ordenamiento jurídico general, ni supone afirmar, por ello mismo, la capacidad normativa del juez como una facultad enteramente autónoma y desconectada de las normas aplicables al caso. La experiencia judicial muestra que el margen de discrecionalidad del juez –del órgano judicial- es muy amplia respecto a su actividad interpretativa en los “casos difíciles” – como es el de autos-, donde tiene que acudir, entre otras reglas, a las normas de principios y valores supremos generales y a los criterios de textura abierta consagradas en el orden jurídico concreto de referencia; ambos aplicables. Todo esto va más allá del sueño del silogismo judicial (propio del positivismo legalista extremo) como modo de proceder a la resolución de las controversias jurídicas. Ha de existir una cooperación necesaria entre la normativa legislativa y la decisión judicial justamente en orden a la realización de los fines y principios que el ordenamiento jurídico pretende salvaguardar expresamente. El garantismo jurídico en el constitucionalismo de Estado Social de Derecho requiere de suyo esa colaboración, y tanto más cuanto el grupo normativo regulador la impone en un sentido inequívoco de *orientación finalista* conforme a los principios y valores que entiende que han de guiar la interpretación judicial.

En este sentido la argumentación y la decisión judicial final de la sentencia aquí brevemente comentada resulta discutible desde el punto de vista estrictamente jurídico y, en relación a ello, existen serias dudas razonables de que no suponga un cierto retroceso respecto de la jurisprudencia antes consolidada sobre la interpretación judicial integradora y finalista que está necesariamente condicionada por el grupo normativo (no por un examen aislado de las normas de conducta y de principios que lo integran) que consagra la obligación jurídica de interpretación en el sentido de que se haga valer los intereses/derechos del niño y los intereses/derechos legítimos de la mujer en una perspectiva de género; es decir, obligando a los órganos judiciales a orientar su labor interpretativa conforme a dichos intereses/derechos considerados predominantes de aquellas personas –o colectivos- por entender que son más proclives a padecer una mayor vulnerabilidad.

Reténgase que el principio explícito de protección del interés superior de menor, como también el principio de protección de la mujer frente a posibles situaciones de discriminación –directa o indirecta- están establecidos en normas (normas de principios), que exigen una actuación positiva/activa del intérprete –del jurista u operador jurídico- de interpretar las reglas o disposiciones normativas en su aplicación a un caso concreto en un sentido acorde a esos principios normados; es decir, la interpretación como actividad jurídica conforme a la observancia de los principios que orientan su acción. Esto determina que el intérprete debe (no como posibilidad, sino como obligación normativa) realizar una argumentación jurídica constructiva (o, si se quiere, reconstructiva) exigida por los principios concurrentes que establecen aquella orientación para la acción y la solución de la controversia jurídica suscitada. En el supuesto, por ejemplo, del principio de protección preferente del interés del menor, la interpretación del juez u órgano judicial de la regla normativa (que convive con el principio normado), llegado el caso, ha de ceder motivadamente el paso a dicho principio (y a sus consecuencias correctivas o rectificadoras) cuando existan

situaciones de relevancia jurídica que requieren su adecuación correctiva caso por caso. Este principio de protección preferente del interés del menor no resulta completamente extraño a la regla o disposición normativa objeto de interpretación, toda vez que va unida ella en el sentido de que la regla o disposición ha de aplicarse precisamente en el sentido querido por el principio. Por tanto, se insiste, en que la tarea jurisprudencial cuando entra en juego el principio de relevancia normativa no puede reducirse a una argumentación silogística, sino de carácter constructivo o reconstructivo que va más allá del razonamiento jurídico propio del positivismo legalista (que debe diferenciarse del positivismo crítico). Así cuando se actúa por el intérprete (el juez o tribunal) con arreglo a la interpretación conforme al principio no existe una colisión con la regla o disposición reguladora, sino su adaptación conforme a los bienes jurídicos tutelados mediante el juego del principio. Es así, que con la decisión judicial conforme se impide que la norma regla pueda contradecir frontalmente el principio normado que le viene anudado imperativamente, salvando, así, la posible tacha de invalidez por contradicción al mismo.

En este orden de consideraciones coincido, en lo principal, con el voto particular que se muestra favorable a la concesión de la prestación reclamada por la afectada, no solo en virtud de la primordial atención al interés superior del menor, sino también por la concurrencia en el caso de autos de la perspectiva de género (establecida igualmente en normas de principios). A ello cabe añadir que el principio de interpretación conforme al interés superior del niño y el principio de integración de la dimensión de género (ambos consagrados en el ordenamiento jurídico interno e internacional) obligan explícitamente a jueces y tribunales a incorporarlos en el ejercicio de la potestad jurisdiccional atribuida por el artículo 117, apartados 3º y 4º de Constitución Española^[6]; y ello en el marco de la colaboración necesaria entre el poder legislativo y el orden jurisdiccional.

Estimo –coincidiendo en esto con el Voto particular– que es posible realizar una interpretación integrada de los artículos 177 y concordantes de la Ley General de la Seguridad Social y del artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores a la luz de los artículos 39 CE, 24.2 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor y del mismo artículo 3 del Código Civil, entre otras disposiciones, que conduzca, en el caso de autos, a reconocer el derecho a la acumulación (o si se quiere ampliación del permiso) de los dos permisos de paternidad en la única progenitora de un menor en una familia monoparental. Y ello con fundamento en el interés superior del menor (de obligada consideración primordial) y atendiendo también a la interpretación normativa reguladora en la perspectiva de género, como el Tribunal Supremo ha llevado a cabo en doctrina reiterada en otras muchas sentencias en casos afines y de la cual parece apartarse en esta relevante sentencia.

Todo ello, sin perjuicio de que sea aconsejable y necesaria una nueva regulación legal de la materia en un sentido garantista en vista de la controversia jurídica planteada en la interconexión entre familia monoparental y permisos de paternidad. De manera que la Sala del Tribunal Supremo podría haber desestimado el recurso para la unificación de doctrina y confirmando la sentencia recurrida del TSJ, aceptando, así, el derecho de acumulación de los dos permisos de paternidad con la consiguiente prolongación del disfrute del subsidio.

X. Apunte final

Ciertamente, ahora se dispone de unificación de doctrina jurisprudencial en esta materia, pero los términos de solución no parecen convincentes. ¿Tendremos por ello mayor seguridad jurídica y plenas garantías de igualdad y no discriminación? Habrá que verificar en la práctica cómo incide esta unificación de doctrina en los pronunciamientos de los jueces y tribunales del orden social de la jurisdicción. Hay que tener en cuenta, al respecto, que estamos ante controversias jurídicas con múltiples aristas y manifestaciones a resolver caso por caso real (“derecho del caso”). Además, no es descartable en absoluto que pueda llegarse al Tribunal Constitucional, realizarse

reclamaciones ante el Comité de Derechos Sociales de la Carta Social Europea Revisada o ante el Tribunal Europeo de Derecho Humanos (que, como se sabe, vela por recta aplicación e interpretación de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales); o que incluso esta cuestión alcance al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Por otra parte, no parece que estemos ante un marco regulador plenamente satisfactorio para atender a las singularidades y la mayor vulnerabilidad de la familia monoparental (normalmente el dato estadístico de la mujer como única progenitora; el 81%) y la mayor dificultad en el cuidado del menor (en términos de recursos económicos y posibilidades reales de ejercer los derechos de conciliación) respecto a las familias biparentales. Ante esta situación de trato desigual, de insuficiencia y déficit de tutela específica sería deseable, desde luego, la inmediata intervención garantista del legislador. Ésta no es descartable a priori. El transcurso del tiempo lo dirá, porque se está siempre ante el tiempo de los derechos y sus garantías (inherente a la permanente lucha por los derechos); y está a la vista la realidad socio-jurídica de la innegable mayor vulnerabilidad de la familia monoparental persistirá sino se adoptan con urgencia las medidas legales de acción positiva pertinentes. El modelo legal deberá establecer mecanismos de protección sociolaboral equiparables para los distintos modelos de familia, atendiendo a la lógica entre igualdad y diferencia.

Referencias:

1. ^ GÉNY,F.: *Método de interpretación y fuentes en el Derecho Privado positivo, edición y estudio preliminar sobre “El pensamiento científico jurídico de Gény”* (pp. XVII-LXXV), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000, pp. 526-527 y 529.
2. ^ Cfr. Artículo 48, apartados 4, 5 y 6, y artículo 49, apartado a, b y c) del ET.
3. ^ Cfr. Artículos 177 a 180 de la LGSS. Según el artículo 177 LGSS: “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”.
4. ^ Así, SSTS del Pleno 881/2016, 25 de octubre de 2016 (rcud 3818/2015), y 953/2016, 16 de noviembre de 2016 (rcud 3146/2014), 1005/2017, 14 de diciembre de 2017 (rcud 2859/2016), 277/2018, 13 de marzo de 2018 (rcud 2059/2016), y 347/2018, 22 de marzo de 2018 (rcud 2770/2016). Aunque la cuestión que resuelve es otra, también la STS Pleno 997/2022, 21 de diciembre (rcud 3763/2019). Y para la interpretación con perspectiva de género: STSS Pleno de 21 de diciembre de 2009 (rcud 201/2009), 864/2018, 26 de septiembre de 2018 (rcud 1352/2017); 778/2019, 13 de noviembre de 2019 (rec. 75/2018); 815/2019, 3 de diciembre de 2019 (rec. 141/2018); 79/2020, 29 de enero de 2020 (rcud 3097/2017); 115/2020, 6 de febrero de 2020 (rcud 3801/2017); 580/2020, 2 de julio de 2020 (rcud 201/2018); 908/2020, 14 octubre 2020 (rcud 2753/2018); 645/2021, 23 junio 2021 (rec. 161/2019); y 747/2022, 20 de septiembre de 2022 (rcud 3353/2019).

5. [^] Apartado 4 del artículo 39 Constitución Española; artículo 24.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE); 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; artículo 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, ratificada por España y publicada en el BOE de 31 de diciembre de 1990; a Ley Orgánica 8/2015, de 20 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia; artículo 2 (“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”) de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por otra parte, en el apartado II del Preámbulo de la LO 8/2015 se indica que: “Los cambios introducidos en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor desarrollan y refuerzan el derecho del menor a que su interés superior sea prioritario, principio fundamental en esta materia, pero concepto jurídico indeterminado que ha sido objeto, a lo largo de estos años, de diversas interpretaciones. Por ello, para dotar de contenido al concepto mencionado, se modifica el artículo 2 incorporando tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años como los criterios de la Observación general n.º 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Este concepto se define desde un contenido triple. Por una parte, es un derecho sustantivo en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución. Por otra, es un principio general de carácter interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor. Pero además, en último lugar, este principio es una norma de procedimiento. En estas tres dimensiones, el interés superior del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral. A la luz de estas consideraciones, es claro que la determinación del interés superior del menor en cada caso debe basarse en una serie de criterios aceptados y valores universalmente reconocidos por el legislador que deben ser tenidos en cuenta y ponderados en función de diversos elementos y de las circunstancias del caso, y que deben explicitarse en la motivación de la decisión adoptada, a fin de conocer si ha sido correcta o no la aplicación del principio”.
6. [^] Según establece el artículo 117 de la CE: [...] 3. El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan. 4. Los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las

que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho". Perspectiva integradora de su función en el orden jurídico que debe retenerse para afrontar toda controversia jurídica, incluida la aquí examinada, donde entran en juego normas públicas de conducta y normas públicas sobre principios y deberes de actuación que rigen la tarea de los órganos judiciales, con carácter general y en concreto respecto a determinadas situaciones jurídicas tomadas en consideración por aquéllas.