

Inidoneidad del planteamiento de la cuestión prejudicial cuando se invoca norma distinta a la aplicable al caso: aplicación de la regulación del permiso parental al permiso por (maternidad) nacimiento de hijos.

Pilar Rivas Vallejo

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona

Resumen: *Se resuelve cuestión prejudicial para la interpretación del art. 5.8 de la Directiva 2019/1158, sobre el permiso parental, respecto de la hipotética ampliación del permiso por nacimiento de hijos para la madre biológica que constituye una familia monoparental, a fin de que se interprete la posible disconformidad del derecho español con el derecho de la Unión en la protección de familias monoparentales, y que se inadmite, por discordancia entre la norma invocada y la realmente aplicable, así como por no haberse implementado la citada directiva en el derecho español.*

Palabras clave: *Permiso parental. Permiso por nacimiento de hijos. Conciliación de la vida personal, familiar y profesional. Cuestión prejudicial.*

Abstract: *This decision disallows a prejudicial question concerning the interpretation of art. 5.8 of Directive 2019/1158, regarding the hypothetical extension of maternity leave for the biological mother who constitutes a single-parent family, in order to interpret the possible nonconformity of Spanish law with Union law in the protection of single-parent families. The decision is based in the discrepancy between the norm invoked and the one actually applicable, as well as *ratione temporis*, due to its lack of implementation in national law.*

Keywords: *Parental leave. Maternity and paternity leave. Work-life balance. Prejudicial question.*

I. Introducción

La cuestión prejudicial se enfoca en la posible disconformidad del derecho español con el derecho de la Unión en el tratamiento a las familias monoparentales en cuanto respecta a la duración del permiso y prestación por nacimiento de hijos, de acuerdo con la Directiva 2019/1158. Al tratarse de permiso regulado no por esta, sino por la Directiva 92/85/CEE, el planteamiento de la cuestión prejudicial adolece de un defecto de forma, pues, en efecto, se solicita la interpretación del art. 5 de la misma, referido al permiso parental, que, en la fecha de los autos, no se encontraba implementado en el derecho español, pero, que, en cualquier caso, no es equivalente al permiso por nacimiento de hijos previsto en el art. 48.8 ET, cuya aplicación procede en el caso analizado.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sala séptima .

Número de resolución judicial y fecha: sentencia de 16 de mayo de 2024 (asunto C-673/22).

Tipo y número recurso o procedimiento: Procedimiento prejudicial C-673/22

ECLI:UE:C:2024:407

Ponente: A. Prechal.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. La cuestión planteada por el juzgado remitente

El problema que se suscita en la sentencia comentada es la interpretación del artículo 5.8 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, en relación con su considerando 37, respecto de la ampliación de la duración del periodo de prestación por nacimiento de hijos ligado a la suspensión del contrato con tal motivo en la situación de familias monoparentales.

En particular, la cuestión se plantea en auto de fecha de 28/9/2022 por el Juzgado de lo social núm. 1 de Sevilla en los autos núm. 330/2022 (C-673/22), conforme al art. 267 TFUE, en procedimiento en materia de prestaciones de la Seguridad Social, «sobre ampliación del permiso parental». Se alega en el citado auto la hipotética discriminación de los derechos del niño derivada de la falta de ampliación del periodo de suspensión por nacimiento de hijos previsto para familias monoparentales en el art. 182.3 b) de la Ley General de la Seguridad Social española (LGSS) a la prestación económica contributiva por nacimiento de hijos pre vista en el art. 177 de la misma norma legal, pues se trata de un derecho de carácter individual que exige el cumplimiento de los requisitos legales previstos para su reconocimiento por parte de cada progenitor. Delimitados los hechos y la hipotética discriminación causada por la imposibilidad de acumular en la misma progenitora dos periodos de suspensión por nacimiento del mismo hijo en aplicación del art. 48.4 del Estatuto de los Trabajadores (ET), la cuestión jurídica que justifica el planteamiento de la cuestión prejudicial ante el TJUE es la interpretación de la Directiva (UE) 2019/1158 en clave de igualdad, para determinar si esta permite tal acumulación desde la perspectiva de la garantía del derecho a la conciliación que la inspira, y si la norma española que no admite tal acumulación contraviene ambos derechos y, por ende, el derecho de la Unión, al desproteger a las familias monoparentales.

A tal efecto debe recordarse que la Directiva (UE) 2019/1158 se refiere tanto al permiso por nacimiento de hijos en denominación de la legislación española («permiso de paternidad» en el art. 4 de la directiva, definido en el art. 3.1 a de la misma) como al permiso parental previsto en el art. 45.1 o) ET y regulado en el art. 48 bis ET (art. 5 de la directiva, según la definición del art. 3.1 b), y así se indica en el considerando 49 de la directiva. Sin embargo, el periodo de dieciséis semanas al que se refiere el auto de planteamiento de la cuestión prejudicial no es el regulado en el art. 5 de la directiva, cuya interpretación se invoca. Asimismo, la norma que regula dicho permiso es la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) sitúa como marco legal para la resolución de la cuestión que se le somete a consideración.

2. Los hechos

La demandante dio a luz un hijo el 5/11/2021, formando así una familia monoparental y solicitando la prestación por nacimiento de hijos reconocida por el art. 177 LGSS española. Al serle reconocida una sola prestación de duración equivalente a dieciséis semanas, solicitó le fuera esta ampliada al doble, por no existir segundo progenitor que pudiera beneficiarse de ella por cuidado del menor, que le fue denegada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS).

Reclamada la denegación administrativa ante la jurisdicción social, solicita elevar cuestión prejudicial ante el TJUE por vulneración de los derechos de la infancia. La petición fue admitida por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Sevilla, que remite cuestión prejudicial en fecha de 27/10/2022 y que es instado, a su vez, por el TJUE (en fecha de 4/10/2023) para la oportuna aclaración de los términos de la cuestión prejudicial formulada, en tanto que se refería a la interpretación del permiso parental regulado en el art. 5 de la Directiva 2019/1158, cuando la situación litigiosa se ciñe estrictamente al permiso por nacimiento de hijos derivada de parto. El juzgado remitente insiste en su respuesta en que solicita la interpretación del art. 5.8 de la directiva en relación con su considerando núm. 37, en tanto el permiso parental y el permiso «de maternidad» guardan similitud, preguntando si la cuestión formulada resulta necesaria para no incurrir en denegación automática del derecho a la ampliación de la prestación y periodo de suspensión contractual en perjuicio de los menores nacidos en familias monoparentales, quienes no cuentan con un total de treinta y dos semanas de cuidados.

IV. Posición de las partes

La demandante sostiene que la falta de previsión acerca de la acumulación de la suspensión del contrato por nacimiento de hijos y, en concreto, la prestación que lleva aparejada, en caso de familias monoparentales sitúa a tales familias en una posición de desigualdad no justificada. Por consiguiente, en una situación discriminatoria, al privarse al neonato del tiempo extendido que resultaría de la existencia de otro progenitor que atendiera a sus cuidados, que vulnera los derechos de la infancia reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.

Por su parte, el INSS considera que tal reconocimiento automático, sin someterlo a la previa valoración de las condiciones que exige la legislación de seguridad social para causar la prestación, haría de peor condición a los progenitores de familias biparentales, a quienes se exige acreditar, por separado, el cumplimiento de tales requisitos legales, lo cual impide una interpretación favorable a tal tesis y contraria a la literalidad de la ley. Por tal razón, mantiene que no resulta necesario plantear cuestión prejudicial, toda vez que de la regulación española no se infiere discriminación de los derechos del niño.

El juzgado de origen se pregunta si no otorgar un trato específico a las familias monoparentales que proporcione un periodo de cuidados tras el nacimiento de hijos similar al de una familia biparental puede resultar discriminatorio para los menores nacidos en dicho tipo de familias.

V. Normativa aplicable al caso

Son de aplicación al caso el considerando núm. 37 y los arts. 3, 4, 5 y 20 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, la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, así como el art. 48.4 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el art. 48 bis del mismo texto, y los arts. 177 a 179 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

VI. Doctrina básica

En el plano procesal, es competencia del juez nacional valorar la pertinencia de plantear cuestión prejudicial, bajo la condición de su necesidad en relación con la resolución del caso sometido a su decisión, lo que le obliga, en su planteamiento, a la conexión del supuesto a decidir y su marco normativo con el derecho de la Unión y, en concreto, del precepto cuya interpretación solicita al TJUE y su relación con el derecho nacional aplicable. Lo contrario faculta al TJUE a abstenerse sobre la interpretación de una norma de la Unión si esta no guarda relación directa con el litigio principal, aun cuando exista cierta conexión entre ambas normas.

Las Directivas 92/85/CEE y 2019/1158 protegen, respectivamente, la salud de la madre biológica en caso de embarazo y parto, y el cuidado a los recién nacidos (o adoptados) en clave de corresponsabilidad y fomento de la conciliación de la vida familiar y profesional. Pero su traducción en el derecho nacional tiene lugar en el art. 48.4 ET, mientras que una de las figuras de la segunda directiva citada, el permiso parental que regula su art. 5, no se ha materializado en el derecho español hasta una fecha posterior a los hechos y al propio planteamiento de la cuestión prejudicial, lo que, tanto *ratione materiae* como *ratione temporis*, priva de contenido efectivo a esta, al referirse a un precepto que no se había traspuesto aún al derecho interno y a una figura diferente de la que regula tal norma, en cuanto el art. 5 de la directiva citada no se refiere al periodo de descanso posterior al parto, sino al permiso parental.

VII. Parte dispositiva

La resolución rechaza la admisión de la cuestión prejudicial, declarando que no proceda interpretar sus disposiciones a los efectos del procedimiento principal, por ser la cuestión planteada hipotética *ratione temporis*, e inadmisibile *ratione materiae*, en tanto se refiere a cuestiones no reguladas por la norma cuya interpretación se solicita.

VIII. Pasajes decisivos

Respecto a la pertinencia del planteamiento de la cuestión prejudicial, «corresponde exclusivamente al juez nacional, que conoce del litigio principal y que debe asumir la responsabilidad de la resolución judicial que ha de adoptarse, apreciar, a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia» (para. 22), por lo que «las cuestiones prejudiciales relativas al Derecho de la Unión gozan de una presunción de pertinencia», pero «debe ser «necesaria» para que el órgano jurisdiccional remitente pueda «emitir su fallo» en el asunto de que conoce» (para. 23). A tal fin, «es indispensable que el órgano jurisdiccional nacional exponga expresamente, en la resolución de remisión, el marco fáctico y normativo en el que se inscribe el litigio principal y facilite unas explicaciones mínimas sobre los motivos de la elección de las disposiciones del derecho de la Unión cuya interpretación solicita y sobre la relación que establece entre esas disposiciones y la normativa nacional aplicable al litigio del que conoce» (para. 24), por lo que el TJUE «puede abstenerse de pronunciarse ... cuando resulte evidente que la interpretación de una norma de la Unión que se ha solicitado carece de relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal» (para. 25).

En este caso, «por lo que se refiere a la aplicación *ratione materiae* del artículo 5 de la Directiva 2019/1158, 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», pero los preceptos aplicables al caso «parecen regular el permiso de maternidad o de paternidad» (para. 27). «...el juzgado remitente no explica por qué solicita la interpretación del artículo 5 de la Directiva 2019/1158, que se refiere al permiso parental, ni la relación que existe entre este precepto y las disposiciones del derecho nacional que regulan el permiso de maternidad o el permiso de paternidad a las que dicho juzgado alude».

En cuanto a los conceptos y normas aplicables, determinantes de la pertinencia del planteamiento de la cuestión prejudicial, «los conceptos de ‘permiso parental’, de ‘permiso de paternidad’ y de ‘permiso de maternidad’ tienen un sentido preciso y diferenciado en el derecho de la Unión» (para. 28). Asimismo, «el permiso parental y el permiso de maternidad persiguen distintas finalidades. Así, mientras que el permiso parental se concede a los progenitores para que puedan ocuparse de su hijo y puede disfrutarse hasta una edad determinada del hijo, que puede ser de hasta ocho años, el permiso de maternidad tiene como finalidad asegurar la protección de la condición biológica de la mujer y las especiales relaciones entre ella y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, evitando que la acumulación de cargas que deriva del ejercicio simultáneo de una actividad profesional perturbe dichas relaciones» (para. 29).

En definitiva, «el juzgado remitente no aclara la relación entre, por un lado, el litigio principal, que versa sobre una solicitud de ampliación de un permiso de maternidad, regulado en el artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores y los artículos 177 a 179 de la LGSS, y, por otro lado, la interpretación del artículo 5 de la Directiva 2019/1158, que reconoce a cada progenitor un derecho individual a un permiso parental y concreta su régimen. El artículo 5 de esta Directiva no se refiere al permiso de maternidad y, por tanto, no regula la cuestión de la ampliación de este permiso debido a que una madre forme con su hijo una familia monoparental. No desvirtúan esta conclusión las similitudes alegadas entre el permiso parental y el permiso de maternidad ni el riesgo de que se realice una aplicación estricta de la normativa española que pudiera no tener en cuenta la situación particular de las familias monoparentales» (para. 33). «Por lo tanto, no 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» (para. 34).

En tercer lugar, se solicita la interpretación del derecho español de acuerdo con una directiva que España no tenía obligación de trasponer hasta el 2/8/2022 (para. 35 y 36), ni tampoco consta que España se anticipara a tal transposición (para. 36), por lo que, por razones de *ratione temporis*, «no procede interpretar sus disposiciones a los efectos del procedimiento principal» (para. 37), lo que provoca que la cuestión no puede admitirse (para. 39) por su carácter meramente hipotético (para. 38).

IX. Comentario

1. Protección por cuidado de hijos y permiso parental: distintas finalidades

Las Directivas 92/85/CEE y 2019/1158 se refieren, respectivamente, a la tutela a las trabajadoras en los supuestos de parto, incluyendo los «permisos por maternidad» (en la actual legislación española, por nacimiento de hijos) y a la promoción de la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los trabajadores. Persiguen, pues, finalidades distintas, en tanto, en el estricto marco de la protección de la salud laboral, la Directiva 92/85/CEE se centra en garantizar el descanso y la recuperación física de la madre tras el parto, derecho que se garantiza mediante otros derechos complementarios que refuerzan el efectivo ejercicio del mismo, y que reconoce, en su art. 8, intitulado «permiso de maternidad», un periodo de descanso antes y/o tras el parto de catorce semanas ininterrumpidas mínimas, de las cuales al menos dos deben tener carácter obligatorio, sean antes o después del parto. Comoquiera que esta norma se inserta en un texto legislativo dirigido a garantizar la salud de la trabajadora con ocasión del embarazo y la lactancia, la distribución de las dieciséis semanas previstas en la legislación española desde antaño no parecía ajustarse a dicha finalidad, en tanto permitía ceder al otro progenitor hasta diez semanas, dejando, pues, el periodo reconocido a la madre en unas escasas seis semanas. Con independencia de que la realidad práctica permitiera constatar que en la mayor parte de los casos las titulares del derecho se acogían al periodo completo, no debe soslayarse que la hipótesis alternativa era factible y así estaba previsto en la ley. Tras la creación en el derecho español de un permiso paralelo para el otro progenitor de la misma duración, el espíritu de la Directiva 92/85 recibía una acogida formal en la

legislación española, en tanto las dieciséis semanas, periodo mayor que las catorce previstas en aquella, no sufrirían merma alguna. De suerte que la madre biológica podría disponer de un permiso con dos finalidades, la recuperación física y los cuidados, mientras el otro progenitor dispone de un periodo íntegramente destinado a los cuidados del neonato. En realidad, pues, el periodo teórico destinado al neonato es, a lo sumo, de veintiséis semanas, y no de treinta y dos, como mantiene el juzgado remitente de la cuestión prejudicial, y ello si la recuperación física no se toma en cada caso un periodo mayor a un mes y medio. Partiendo, en todo caso, de que tal periodo se disfrute con posterioridad al parto, pues, de acogerse la madre embarazada a su disfrute previo al parto, como permite la Directiva 92/85, el tiempo destinado a los cuidados del menor sería, consiguientemente, de cero días, frente a las dieciséis semanas del otro progenitor, si bien la legislación española no permite tal disfrute más allá de diez semanas, en tanto seis deben ser posteriores al parto y, en tal caso, también teóricamente dedicados al restablecimiento de la salud de la madre.

Por el contrario, la Directiva 2019/1158 se centra en la conciliación de la vida familiar y profesional propiamente dicha, esto es, en la armonización de las obligaciones relacionadas principalmente con el cuidado de la familia con los horarios y exigencias del trabajo. Para ello regula sendos derechos, a los que llama «permisos» en sus arts. 4 y 5 respectivamente: el *permiso de paternidad*, integrado en la legislación española actualmente dentro del genérico permiso por nacimiento de hijos (suspensión del contrato), y con una duración mínima de diez días laborales, equivalente, por el contrario, en nuestra legislación, para ambos progenitores en dieciséis semanas (tras sustituir al permiso de paternidad nacido de la LO 3/2007); y el *permiso parental*, reconocido a ambos progenitores, de cuatro meses, para el cuidado de hijos, siempre y cuando se disfrute antes de que estos cumplan los ocho años o la edad fijada por cada legislación nacional, sin posibilidad de transferir en su integridad el derecho al otro progenitor (respetando el mínimo de dos meses). Junto a ellos, el art. 6 regula un permiso similar para cuidadores, al que no se efectuará mayor alusión, dado que la controversia se centra en los dos primeros derechos.

Por otra parte, dicha regulación admite que su transposición en los derechos internos se efectúe a través de figuras con distinta denominación (considerando 49), de suerte que en el derecho español cabe aplicar la vigente fórmula, desde 2019 (ex art. 2.10 del Real decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo), del permiso por nacimiento de hijos, en el que se integra tanto el derivado de la Directiva 92/85 (para la progenitora biológica) como el del art. 4 de la Directiva 2019/1158 (para el padre o el otro progenitor), mientras el permiso parental se introduce, en fechas más recientes (ex art. 127.7 del Real decreto-ley 5/2023, de 28 de junio), respetando su denominación literal, en el art. 48 bis ET. En todo caso, en la fecha de autos (2022), este permiso no se encontraba incorporado al derecho español, que únicamente recogía lo previsto en el art. 4 de la directiva, así como la regulación derivada de la Directiva 92/85, lo cual significa que la invocación del art. 5 de la Directiva 2019/1158 y la conformidad de la legislación española con el mismo, en realidad, se está extrapolando a una situación totalmente diferente, que no permite su confusión, en tanto *permiso de paternidad* y *permiso parental* son figuras totalmente diversas entre sí, no ya porque la Directiva 2019/1158 pretenda fomentar la corresponsabilidad en el cuidado de hijos, y se centre en el padre o el otro progenitor, sino porque el permiso parental está previsto para ampliar los periodos de cuidados más allá de las semanas posteriores al parto (o, en su caso, adopción), sin relación alguna con dicho periodo inmediatamente posterior al parto, que es al que se refiere el litigio, aun cuando se vinculan «al nacimiento con el fin de prestarle asistencia» (considerando 19). Y ello porque, como afirma literalmente el considerando 20, «el objetivo de garantizar que cada progenitor disponga al menos de dos meses de permiso parental, con carácter exclusivo y que no pueda transferirlos al otro progenitor, es animar a los padres a hacer uso de su derecho a tal permiso», y porque la madre disfrutará del periodo de «maternidad» y del permiso parental.

Así pues, el art. 5 en modo alguno se está refiriendo al *permiso de maternidad*, en nuestro derecho *por nacimiento de hijos*, sino al periodo ulterior destinado en exclusiva al cuidado de los neonatos, para el cual garantiza un periodo mínimo de cuatro meses

(considerando 21), que supera con creces las ocho semanas previstas en el art. 48 bis ET, pero que pudieran considerarse de forma conjunta con las establecidas en el art. 48.4 ET, en concepto de permiso por nacimiento de hijo, cuando este se disfrute por el segundo progenitor, que, restados los diez días laborables previstos en concepto de «permiso por paternidad» en el art. 4 de la Directiva 2019/1158, hacen un total de ciento dos días, por consiguiente, veintidós semanas y media o su equivalente en meses, algo más de cinco meses. En consecuencia, el derecho español supera las garantías previstas en el derecho de la Unión en lo que al padre o al otro progenitor se refiere, no solo en duración, sino en el ejercicio del derecho, pues las semanas que se integran en el periodo inmediatamente posterior al nacimiento de hijos no se encuentran condicionadas por el ejercicio de las facultades empresariales a las que alude el art. 5 de la directiva (aplazar la concesión del permiso por razones de funcionamiento de la empresa, que en el derecho español se limita a los casos en los que dos titulares del derecho lo ejerzan -de forma simultánea- para el cuidado de la misma persona) o bien por requisitos legalmente establecidos. según sugiere el mismo precepto (acreditar un periodo de antigüedad en la empresa). No así respecto de la madre, a quien la Directiva 92/85/CEE concede catorce semanas, a las que deben sumarse las dieciséis semanas de la Directiva 2019/1158, lo que hace un total de treinta y seis semanas, mientras que el derecho español prevé para la madre veinticuatro semanas, de las cuales, además, algunas tienen finalidades biológicas y no de cuidados.

2. Permiso parental y efectiva conciliación de la vida familiar y profesional

Por lo que respecta a la madre biológica, el art. 5 de la Directiva 2019/1158 permite la aplicación del permiso parental a esta, al admitir la cesión de hasta la mitad del periodo (dos meses) a la madre, que puede acumular al correspondiente permiso de maternidad de catorce semanas (dieciséis en el derecho español). Pero, a la inversa, también parece permitir lo contrario: que el otro progenitor reciba ese periodo adicional por transferencia de la madre. Posibilidad que, por el contrario, no admite el derecho español, al disponer de manera explícita que no cabe la transferencia del permiso parental en ningún caso (art. 48 bis.2 ET). Tal imposibilidad permitiría avalar, asimismo, la ampliación del periodo que corresponda a un progenitor por la ausencia del otro, en tanto se prevé de manera tajante y clara la opción por acumulación alguna. Si bien es cierto que, en su considerando 37, la directiva sí alude a la adaptación de las condiciones de acceso al permiso y sus modalidades de ejercicio a las necesidades específicas de ciertos progenitores, citando explícitamente a las familias monoparentales o a los nacimientos múltiples, entre otros casos. Esta adaptación se realizó en el derecho español únicamente en el seno de los permisos por nacimiento de hijos, no así en la regulación del permiso parental, pero, en este caso, para recoger algunas de tales sugerencias, como la atención especializada a los partos prematuros y a las hospitalizaciones postparto del neonato, así como a la discapacidad de este y a los partos múltiples, en este caso para ampliar la duración del periodo, pero no incluyó entre ellas la situación de monoparentalidad.

Por otra parte, la regulación del permiso por nacimiento de hijos en el derecho español pretende garantizar, en el plano teórico, que el otro progenitor se haga cargo de los cuidados al neonato mientras la madre biológica recupera su salud, por espacio de seis semanas (art. 48.4.2º ET), al disponer su disfrute obligatorio y a jornada completa, por lo que resulta más garantista que la directiva en la consecución de este objetivo. En el caso de monoparentalidad, las seis semanas previstas para la recuperación de la salud reducen las propiamente destinadas al cuidado efectivo del neonato, por lo que, en esta línea, se aprecia un perjuicio para dichos menores respecto de los que cuentan con dos progenitores dedicados a sus cuidados, y con atención efectiva de al menos uno de ellos mientras el otro recupera su salud. Al menos en el plano teórico en el que está concebida la norma, sin perjuicio de que la realidad social apunte a que la madre biológica en esas condiciones siga procurando los cuidados al neonato, más allá de la lactancia natural. Sin embargo, la norma no prevé solución a este déficit, ni tampoco lo prevé el derecho de la Unión, por lo que apelar a este para la interpretación del derecho español en clave de igualdad no

aporta en realidad solución real al problema, toda vez que dicha normativa ni siquiera ha previsto que el otro progenitor se haga cargo de los cuidados del menor más allá de los diez días inmediatamente posteriores al parto, pues el permiso parental no se liga necesariamente a este momento, sino a cualquier otro periodo que alcance hasta una edad próxima a los ocho años del menor, lo que permite hacer uso de dicho permiso en fechas muy alejadas del parto, privando así a la madre biológica de la atención necesaria a su salud, pues, salvando tales diez días, el resto de los que precise para alcanzar su bienestar pueden solaparse con las catorce semanas reconocidas por la Directiva 92/85, que, precisamente, atiende a la salud de la madre. Deja así, a su decisión, el ejercicio de un permiso parental que cubra el periodo realmente dedicado a los cuidados del neonato, si es que precisa de las catorce semanas (o buena parte de ellas) que le concede la Directiva 92/85 para recuperar su salud y que, bajo la regulación del art. 5 de la Directiva 2019/1158, pueden ser condicionados por razones organizativas de la empresa, en tanto que una parte de dicho permiso podría disfrutarse a continuación del «permiso por maternidad», lo que igualmente permitiría dicha ampliación a las familias monoparentales, conectando ambos permisos, pues el precepto no excluye su ejercicio del derecho por el progenitor biológico.

3. *Desenfoque de la cuestión prejudicial*

De acuerdo con lo expuesto, la interpretación del art. 5 de la Directiva 2019/1158 podría invocarse en relación con el permiso por paternidad, en tanto este incorpora, de *facto*, parte del periodo reconocido como permiso parental al otro progenitor distinto de la madre biológica, aun cuando se refiera literalmente a un permiso que en la fecha de autos no había sido incorporado al derecho español. En todo caso, sea cual sea el titular del permiso parental, actualmente regulado en el art. 48 bis ET, y con independencia de la forma empleada por el derecho español para trasponer el contenido de la citada directiva, sea con un permiso de la duración en él literalmente prevista, o bien repartiendo su duración entre otras figuras, como es la solución que parece deducirse de la lectura conjunta de los arts. 48 y 48 bis ET, haciendo uso de la libertad de denominación y ejecución del mandato de la directiva (considerando 49), lo cierto es que la cuestión prejudicial no se centra realmente en los permisos regulados en nuestro derecho para el otro progenitor, sino en el de la madre biológica.

La cuestión realmente planteada, la ampliación del permiso por nacimiento de hijos para la madre biológica en familia monoparental, no guarda relación alguna con dicho precepto, al referirse estrictamente a una hipotética acumulación de dos periodos distintos del mismo permiso (no de permisos diferentes), para un supuesto que no prevé la propia directiva en su art. 4, referido al permiso de «paternidad», por lo cual tampoco sería de aplicación al caso litigioso, ni, por ende, en su art. 5, sino, por el contrario, el art. 8 de la Directiva 92/85/CEE, que no realiza alusión alguna a adaptaciones del mismo a situaciones especiales y, por tanto, no se refiere a las familias monoparentales.

X. Apunte final

Cabría plantear, finalmente, si una formulación alternativa de la cuestión podría haber amparado su admisión por el TJUE, a fin de que este se pronunciase sobre la interpretación de la acomodación de la legislación española sobre permisos ligados al nacimiento de hijos al derecho de la Unión en la protección de familias monoparentales.

Podría valorarse, asimismo, la oportunidad de introducir en el derecho interno la consideración especial a las familias monoparentales en la regulación del periodo de suspensión del contrato de trabajo y su correspondiente prestación por nacimiento de hijos, en tanto el tiempo efectivo de cuidado a los neonatos se reduce con la detracción del periodo que debe dedicarse al restablecimiento de la salud, que no puede suplirse con la intervención del (inexistente) otro progenitor.

Sin embargo, desde la perspectiva del derecho de la Unión, no parece apreciarse disconformidad entre la regulación vigente, a fecha de 2024, y dicho marco legal

europeo para las familias monoparentales, que, según el tenor literal del considerando 37 de la Directiva 2019/1158, simplemente «anima a los Estados miembros» a valorar si deberían adaptarse a las necesidades específicas de tales familias en cuanto respecta a las condiciones y las modalidades de ejercicio del derecho, no ya en cuanto a su duración. Cuestión distinta es que la transposición de la directiva en el derecho español se haya realizado de forma correcta y no discriminatoria, lo cual permitiría también solicitar su parecer al TJUE respecto a la integración de la insuficiencia del permiso parental (ocho semanas en el art. 48 bis ET), de cuatro meses en el art. 5, con la extensión del permiso de paternidad (dieciséis semanas en el art. 48.4 ET), de solo diez días en el art. 4, así como, especialmente, la discriminación por razón de sexo que podría vincularse a que la madre cuente con un menor periodo dedicado a los cuidados, en cuanto de su permiso total (veinticuatro semanas, resultantes de la suma de ambos permisos) debe descontarse el tiempo destinado a recuperación de la salud, máxime cuando se trate de mujeres que constituyen familias monoparentales. Esto es, si cabe reputar como discriminatorio que las mujeres tengan en el derecho español un permiso *de facto* menor que los hombres para ejercer los cuidados, frente al derecho de la Unión, donde se prima a la madre biológica en la extensión de tales periodos.