

Roj: **STSJ CAT 9227/2022 - ECLI:ES:TSJCAT:2022:9227**

Id Cendoj: **08019340012022105491**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **29/11/2022**

Nº de Recurso: **1552/2022**

Nº de Resolución: **6389/2022**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **SARA MARIA POSE VIDAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CAT 9227/2022,**

**STS 2909/2024**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

**SALA SOCIAL**

**NIG : 08121 - 44 - 4 - 2021 - 8049001**

EBO

**Recurso de Suplicación: 1552/2022**

ILMO. SR. ANDREU ENFEDAQUE MARCO

ILMO. SR. GREGORIO RUIZ RUIZ

ILMO. SR. IGNACIO MARÍA PALOS PEÑARROYA

ILMO. SR. FRANCISCO JAVIER SANZ MARCOS

ILMA. SRA. M<sup>a</sup> TERESA OLIETE NICOLÁS

ILMO. SR. FELIPE SOLER FERRER

ILMA. SRA. SARA M<sup>a</sup> POSE VIDAL

ILMO. SR. ADOLFO MATÍAS COLINO REY

ILMO. SR. LUIS REVILLA PÉREZ

ILMO. SR. EMILIO GARCÍA OLLÉS

ILMA. SRA. ENCARNACIÓN LORENZO HERNÁNDEZ

ILMA. SRA. NURIA BONO ROMERA

ILMA. SRA. AMPARO ILLÁN TEBA

ILMO. SR. SALVADOR SALAS ALMIRALL

ILMO. SR. AMADOR GARCÍA ROS

ILMO. SR. FAUSTINO RODRÍGUEZ GARCÍA

ILMO. SR. FELIX VICENTE AZÓN VILAS ILMO. SR. MIGUEL A. FALQUERA BARÓ

ILMA. SRA. M. DEL MAR MIRÓN HERNÁNDEZ



ILMO. SR. JAUME GONZÁLEZ CALVET

ILMO. SR. FRANCISCO ANTONIO LEAL PERALVO

ILMO. SR. RAÚL URÍA FERNÁNDEZ

ILMA. SRA. MACARENA MARTÍNEZ MIRANDA

ILMA. SRA. M<sup>a</sup> PILAR MARTÍN ABELLA

ILMO. SR. CARLOS H. PRECIADO DOMENECH

En Barcelona a 29 de noviembre de 2022

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados al margen,

**EN NOMBRE DEL REY**

ha dictado la siguiente

**SENTENCIA núm. 6389/2022**

En el recurso de suplicación interpuesto por INSTITUT NACIONAL DE LA SEGURETAT SOCIAL (INSS) frente a la Sentencia del Juzgado Social 2 Mataró de fecha 20 de diciembre de 2021 dictada en el procedimiento Demandas nº 898/2021 y siendo recurrida Lidia y TRESORERIA GENERAL DE LA SEGURETAT SOCIAL (TGSS), ha actuado como Ponente la Ilma. Sra. Sara María Pose Vidal.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.**- Tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Seguridad Social en general, en la que el actor, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 20 de diciembre de 2021 que contenía el siguiente Fallo:

"ESTIMAR la demanda interposada per la demandant Lidia , dirigida contra l'INSS, RECONEXENT EL DRET de la demandant a rebre prestació per naixement de menor amb base reguladora de 135'67 euros i període de 32 setmanes, de les que 16 ja han estat reconegudes, deixant sense efecte les resolucions impugnades de dates 10 de setembre de 2021 i 21 d'octubre de 2021."

**SEGUNDO.**- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

PRIMER.- La demandant Lidia , amb DNI NUM000 , va tenir un fill en data NUM001 de 2021, amb el que forma família monoparental.

SEGON.- La demandant va reclamar en data 1 de juliol de 2021 prestació per naixement de menor i l'INSS li va reconèixer aquell mateix dia el dret a la prestació per naixement del seu fill per un període de 16 setmanes, entre el NUM001 i el 6 de setembre de 2021, amb base reguladora de 135'67 euros.

TERCER.- La demandant va reclamar en data 10 de setembre de 2021 que se li reconegués el dret a prestació durant 32 setmanes, amb reconeixement afegit a les 16 setmanes ja admeses de les 16 setmanes que l'article 48 de l'Estatut dels Treballadors reconeix en cas de família biparental, posant de manifest la part demandant la seva condició de família monoparental. Diu concretament en la sol·licitud que "Como familia monoparental solicito la baja paternal para el cuidado de mi hijo y así evitar que mi hijo sufra discriminación por formar parte de una familia de un solo progenitor y por tanto pueda estar cuidado por sus progenitores el mismo tiempo que un niño que forme parte de una familia biparental".

QUART.- L'INSS va denegar aquesta petició en resolució de data 10 de setembre de 2021, indicant la resolució que la demandant no es trobava en cap de les situacions protegides als articles 177 i 318 de la Llei General de la Seguretat Social i 45 i 48 de l'Estatut dels Treballadors.

CINQUÈ.- L'INSS va desestimar la reclamació prèvia en data 21 d'octubre de 2021, manifestant que no existeix previsió legal per a reconèixer el dret com si la demandant fos un altre progenitor, tenint en compte l'article 48 de l'Estatut dels Treballadors, que diferencia entre dos progenitors per a la prestació per naixement de menor

**TERCERO.**- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandada, que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, a la que se dio traslado, impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** - El recurso de suplicación formulado por la representación del INSS se dirige, exclusivamente, a la censura jurídica de la sentencia de instancia, y con amparo procesal en el apartado c.) del artículo 193 de la LRJS, denuncia la infracción del artículo 48 del ET, apartados 4, 5 y 6, así como del artículo 177 de la LGSS, por considerar que no existe amparo legal alguno para reconocer a la demandante, que junto con su hijo forma una familia monoparental, el derecho a ampliar la suspensión de su contrato y la duración de la prestación, acumulando las 16 semanas que corresponderían al otro progenitor en caso de existir.

El recurso ha sido impugnado por la demandante, interesando la confirmación de la sentencia de instancia, que ha reconocido el derecho de la misma al disfrute de 32 semanas de prestación por nacimiento y cuidado de hijo.

La cuestión litigiosa ha sido abordada por esta Sala en la Sentencia n.º 5362/2022, de 17 de octubre, dictada en recurso de suplicación n.º 2958/2022, estimando parcialmente el recurso del INSS, reconociendo el derecho de la demandante a la acumulación de períodos, pero limitando el alcance de dicha acumulación a las 10 semanas que corresponderían al otro progenitor, excluyendo las seis primeras semanas; dicho criterio no es compartido de forma unánime por la Sala, razón por la cual se ha considerado necesario someter la cuestión al Pleno.

**SEGUNDO.** - Conforme a la normativa vigente en materia de prestaciones por nacimiento y cuidado de menor (artículo 177 LGSS), se consideran situaciones protegidas el nacimiento, la adopción, la guarda con fines de adopción y el acogimiento familiar con duración no inferior a un año, durante los períodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en los apartados 4º, 5º y 6º del artículo 48 del ET; este último precepto, relativo a la suspensión del contrato de trabajo con reserva de puesto, indica que el nacimiento, que comprende el parto y el cuidado del menor de doce meses, suspenderá el contrato de la madre biológica durante 16 semanas, de las cuales serán obligatorias las seis semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto, que habrán de disfrutarse a jornada completa, para asegurar la protección de la salud de la madre; por otra parte, el nacimiento suspenderá el contrato de trabajo del progenitor distinto de la madre biológica durante 16 semanas, de las cuales serán obligatorias las seis semanas ininterrumpidas posteriores al parto, que habrán de disfrutarse a jornada completa, para el cumplimiento de los deberes de cuidado previstos en el artículo 68 del CC.

Se trata de un derecho individual de la persona trabajadora sin que pueda transferirse su ejercicio al otro progenitor.

En el apartado 5º del artículo 48 del ET, para los supuestos de adopción, guarda con fines de adopción y/o acogimiento, se establece una duración de 16 semanas de suspensión para cada adoptante, guardador o acogedor, reiterándose el carácter individual e intransferible del derecho y su ejercicio.

En el apartado 6º, para los supuestos de menores con discapacidad se regula una duración adicional de dos semanas, una para cada uno de los progenitores.

La entrada en vigor del RDL 6/2019, de 1 de marzo, supone el último escalón (por ahora) de una evolución legislativa exhaustivamente detallada en el fundamento jurídico segundo de nuestra previa Sentencia n.º 5362/2022, a la que nos remitimos, con incidencia directa en las finalidades de la suspensión de contrato y prestación por nacimiento y cuidado de menor de 12 meses, finalidades cuyo análisis resulta imprescindible para la adecuada resolución de la litis.

Tal como señaló la STC 75/2011, de Pleno, en consonancia con la previa STC 324/2006, de 20 de noviembre, y con criterio reiterado en STC 111/2018, de 17 de octubre, la maternidad, y por tanto el embarazo y el parto, son una realidad biológica diferencial objeto de protección, derivada directamente del artículo 39.2 CE, de modo que la "baja por maternidad" está íntimamente relacionada con la condición femenina de la trabajadora y su principal fundamento no está en la protección a la familia, sino a las madres, de ahí que la *finalidad primordial* (pero no única ni excluyente) de dicho permiso sea preservar la salud de la trabajadora sin detrimento de sus derechos laborales.

Ahora bien, tales pronunciamientos se producen en relación con un contexto normativo anterior a la entrada en vigor del RDL 6/2019 y de la Directiva(UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio, normas que comportan la equiparación de los anteriores permisos de maternidad y paternidad, con la nueva denominación de permisos por nacimiento y cuidado de hijo, en cuanto a su duración, equiparación efectiva con efectos de 1 de enero de 2021, y que determina la incorporación como finalidades primordiales la de atención y cuidado del menor, así como la corresponsabilidad en el ejercicio de dichas obligaciones.

En los considerandos de la mencionada Directiva se hace especial hincapié en la necesaria efectividad de los principios de igualdad de género y de equilibrio entre vida familiar y vida profesional, constatando que la



conciliación de la vida familiar y la vida profesional sigue constituyendo un reto considerable para muchos progenitores y trabajadores que tienen responsabilidades en el cuidado de familiares, en especial debido a la creciente prevalencia del horario laboral ampliado y de los cambios en los calendarios de trabajo, lo que repercute negativamente en el empleo femenino, y en atención a dicha realidad, en el considerando 19 se indica expresamente que *"Al objeto de fomentar un reparto más equitativo entre mujeres y hombres de las responsabilidades en el cuidado de familiares, y de permitir que se cree un vínculo temprano entre padres e hijos, debe introducirse el derecho a un permiso de paternidad para los padres o, en el caso y en la medida en que se reconozca en la legislación nacional, para los segundos progenitores equivalentes. Los padres deben acogerse a dicho permiso en torno al momento del nacimiento de un hijo y debe estar claramente vinculado al nacimiento con el fin de prestarle asistencia..."*

Por tanto, la finalidad de la prestación litigiosa vinculada a la suspensión del contrato de trabajo por nacimiento y cuidado de hijo es triple:

a.) por un lado, y exclusivamente en relación con la madre biológica, se persigue la protección de su salud en las primeras seis semanas posteriores al parto, en el bien entendido de que no siendo equivalente el embarazo, parto y postparto a una enfermedad ni patología, comporta alteraciones fisiológicas y cargas físicas que hacen imprescindible poder disponer de un tiempo de recuperación, que permita atender la especial relación madre-hijo durante el período del puerperio; insistimos en que dicha finalidad es específica y exclusiva para la madre biológica, no estando presente en ningún otro de los supuestos del artículo 48.4º, 5º y 6º. Se trata de una finalidad directamente relacionada con los artículos 15 y 43 de la Constitución.

b.) Atención y cuidado del menor de doce meses, es la finalidad común a todos y cada uno de los supuestos contemplados en los 3 apartados mencionados del artículo 48 del ET, y se vincula con las previsiones del artículo 39 de la Constitución, protección de la familia y de la infancia.

Esta finalidad se observa claramente en la duración íntegra de la suspensión reconocida al progenitor distinto de la madre biológica, así como en el caso de la suspensión derivada de adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento.

c.) Promoción de la plena igualdad entre sexos ( artículo 14 CE) y ejercicio corresponsable de los deberes de atención y cuidado.

La doctrina de la Sala IV del TS contenida, entre otras, en Sentencia n º 881/2016, de 5 de octubre, ya ha establecido que, pese a sus orígenes y denominación, la protección que la Seguridad Social dispensa a la "maternidad" va mucho más allá del descanso asociado al alumbramiento, y tiene como uno de sus principales fundamentos "la necesidad de convivencia y contacto permanente entre madre e hijo", lo que resulta evidente simplemente con reparar en que la protección se dispensa también en supuestos en los que no hay alumbramiento (adopción, acogimiento, guarda, etc.). Esa misma sentencia subraya que el artículo 39 de la CE proporciona diversos principios que han de presidir nuestra interpretación de las leyes vigentes ( artículo 53.3 CE), procurar la protección social de la familia, la protección integral de los hijos y velar por los derechos de los niños, finalidades que se ven reforzadas con el actual redactado del artículo 48 del ET y las consideraciones de la Directiva 2019/1158, anteriormente citada, en cuanto a la imprescindible prestación de asistencia al menor.

**TERCERO.** - El mandato contenido en el artículo 39 de la CE relativo a la protección de la familia, no viene referido exclusivamente al modelo tradicional de familia nuclear biparental, con vínculo matrimonial, sino que debe comprender los distintos modelos o estructuras familiares existentes, como bien tempranamente dejó establecido el Tribunal Constitucional en Sentencia n º 222/1992, de 11 de diciembre, señalando que nuestra Constitución *"no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio, conclusión que se impone no sólo por la regulación bien diferenciada de una institución y otra (arts. 32 y 39 ), sino también, junto a ello, por el mismo sentido amparador o tuitivo con el que la Norma fundamental considera siempre a la familia y, en especial, en el repetido art. 39, protección que responde a imperativos ligados al carácter <social> de nuestro Estado (arts. 1.1 y 9.2) y a la atención, por consiguiente, de la realidad efectiva de los modos de convivencia que en la sociedad se expresen. El sentido de estas normas constitucionales no se concilia, por tanto, con la restricción del concepto de familia a la de origen matrimonial, por relevante que sea en nuestra cultura -en los valores y en la realidad de los comportamientos sociales- esa modalidad de vida familiar. Existen otras junto a ella, como corresponde a una sociedad plural, y ello impide interpretar en tales términos restrictivos una norma como la que se contiene en el art. 39.1, cuyo alcance, por lo demás, ha de ser comprendido también a la luz de lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del mismo artículo"*.

El artículo 48 del ET no contempla más que un modelo familiar, el clásico biparental, sin tomar en consideración la diversidad de estructuras familiares que han surgido en los últimos años, y que ha determinado, con arreglo a los datos del Instituto Nacional de Estadística del año 2020, la existencia de un total de 1.916.800 familias monoparentales ( en el año 2019 eran 1.887.500), de las cuales 1.550.000 se corresponden con hogares



monoparentales encabezados por mujeres, lo que representa alrededor de un 81%, por lo que no se trata de un fenómeno aislado, sino que representa una parte significativa del modelo familiar de nuestra sociedad.

Este modelo familiar, como es evidente, afronta mayores dificultades que la familia nuclear biparental clásica, para la atención y cuidado de los hijos e hijas, y para compaginar la vida laboral y familiar, particularmente en el caso de las mujeres trabajadoras, que son la inmensa mayoría de las titulares de familias monoparentales; esa realidad ya fue constatada por Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de septiembre de 1998, afirmando que en un 80-90% de las familias monoparentales son las mujeres quienes ejercen de cabeza de familia y en las que recae toda la responsabilidad del sustento y de los cuidados; y, por otro lado, tras subrayar el diverso origen que pueden tener las familias monoparentales, destaca que, debido a su carácter, este tipo de familias se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad y que, por este motivo, pueden necesitar ayudas específicas; considera, por consiguiente, que es necesario realizar un estudio sobre los diferentes tipos de familias monoparentales, con objeto de definir las políticas más convenientes, y se insiste en que especialmente las madres solas, aunque también los padres solos, únicamente podrán acceder en pie de igualdad al mercado de trabajo si se realizan mayores esfuerzos por invertir en guarderías y centros de acogida a unos precios asequibles en todos los centros de enseñanza pública o concertada, sin los cuales es imposible que una madre o un padre solos puedan compaginar la vida privada y profesional.

Esa especial vulnerabilidad y situación propicia a la discriminación también se observa en el considerando 37 de la Directiva 2019/1158, en el que se indica que "*No obstante el requisito de evaluar si las condiciones de acceso al permiso parental y las modalidades detalladas del mismo deben adaptarse a las necesidades específicas de los progenitores en situaciones particularmente adversas, se anima a los Estados miembros a que valoren si las condiciones y las modalidades detalladas de ejercicio del derecho al permiso parental, el permiso para cuidadores y las fórmulas de trabajo flexible deben adaptarse a necesidades específicas, por ejemplo, familias monoparentales, padres adoptivos, progenitores con discapacidad, progenitores que tienen hijos con discapacidad o enfermedades graves o crónicas, o progenitores en circunstancias particulares, tales como las relacionadas con nacimientos múltiples o prematuros*".

A pesar de esa mayor vulnerabilidad de las familias monoparentales y de su mayor dificultad para la conciliación efectiva de vida laboral y familiar, y aunque la finalidad de la prestación y de la suspensión contractual es la atención y cuidado del menor y la conciliación de responsabilidades laborales y familiares, ninguna previsión específica se contempla para ese modelo familiar, lo que determina que, en función de la interpretación que se efectúe del artículo 177 de la LGSS en relación con el artículo 48.4 del ET, pueda producirse una insuficiente tutela legal de la protección de la familia y del menor impuesta por el artículo 39 de la Constitución, y es que el apartado 2º de dicho precepto constitucional impone también "la protección integral de los hijos, iguales ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil".

La ausencia de regulación específica referida a las familias monoparentales nos obliga a analizar si esa no diferenciación respecto de situaciones diferentes puede ser contraria al principio de igualdad, sobre todo teniendo en cuenta que la tesis propugnada por el INSS comportaría una aplicación uniforme del artículo 48 del ET excluyendo cualquier singularidad específica que favorezca la necesaria adaptación de las medidas conciliatorias contempladas por dicho precepto para las familias monoparentales, esa aplicación uniforme supone dispensar un tratamiento normativo idéntico a situaciones con necesidades diferentes, por lo que es imprescindible valorar si dicha interpretación es acorde al principio de igualdad.

**CUARTO** .- Respecto de dicha cuestión, tal como expusimos en el fundamento jurídico séptimo de nuestra Sentencia nº 5362/2022, de 17 de octubre, al que nos remitimos, el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable ( STC 41/2013). Así pues, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato es necesario que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos. En suma, el principio de igualdad en la ley no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida ( SSTC 22/1981, de 2 de julio, FJ 3; 49/1982, de 14 de julio, FJ 2; 2/1983, de 24 de enero, FJ 4; 23/1984, de 20 de febrero, FJ 6; 209/1987, de 22 de diciembre, FJ 3; 209/1988, de 10 de noviembre, FJ 6; 20/1991, de 31 de enero, FJ 2;



110/1993, de 25 de marzo, FJ 6; 176/1993, de 27 de mayo, FJ 2; 340/1993, de 16 de noviembre, FJ 4; 117/1998, de 2 de junio, FJ 8; 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4; y 39/2002, de 14 de febrero, FJ 4, por todas).

En ese mismo sentido, la STC 125/2003, de 19 de junio, recuerda que el principio de igualdad prohíbe al legislador "configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentran en la misma situación o, dicho de otro modo, impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser jamás tomadas en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria".

Ahora bien, lo propio del juicio de igualdad es su carácter relacional conforme al cual se "requiere como presupuestos obligados, de un lado, que, como consecuencia de la medida normativa cuestionada, se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas ( STC 181/2000, de 29 de junio, FJ 10) y, de otro, que las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir,

que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso ( SSTC 148/1986, de 25 de noviembre, FJ 6 ; 29/1987, de 6 de marzo, FJ 5; 1/2001, de 15 de enero, FJ 3). Sólo una vez verificado uno y otro presupuesto resulta procedente entrar a determinar la licitud constitucional o no de la diferencia contenida en la norma ( STC 200/2001, de 4 de octubre, FJ 5)".

No podemos perder de vista que la aplicación del principio de igualdad en materia prestacional requiere ciertas matizaciones, y así, entre otras, en STC 197/2003, de 30 de octubre, ya se indicaba 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", doctrina también compartida, al menos parcialmente, por el TJUE, entre otras, en Sentencia de 21 de enero de 2021, C-843/2019.

Precisamente, en relación con la doctrina del TJUE, resulta relevante la Sentencia de 16 de septiembre de 2010 (C-149/10), en la que se analizaba una cuestión prejudicial respecto de la adecuación de la normativa griega a la Directiva 96/34/CE (ya derogada) y eventual vulneración del artículo 20 de la CDFUE, en un supuesto en que se analizaba la procedencia o no de ampliar el denominado permiso parental de la normativa griega ( equivalente a nuestra excedencia por cuidado de hijos) en el caso de partos gemelares, sostuvo que el principio de igualdad de trato consiste en que dos situaciones comparables no reciban un trato diferente y que no se traten de manera idéntica situaciones diferentes, salvo que dicha diferencia de trato esté objetivamente justificada, razonamiento que lleva al Tribunal a indicar que esa ampliación o acumulación podría servir para compensar la superior problemática conciliatoria que se deriva de una situación de filiación compleja como la indicada, no obstante lo cual, también es posible concebir y adoptar otras medidas que puedan responder a las necesidades específicas de los progenitores de gemelos, como una ayuda material, en forma, por ejemplo, de derecho de acceso a estructuras de acogida del niño, o una ayuda económica, en forma, en particular, de prestaciones específicas que permiten una libre elección del modo de guarda.

En ese caso concluía el TJUE que corresponde al juez nacional, que es el único competente para apreciar los hechos del litigio, verificar si la normativa interna en su conjunto ofrece posibilidades suficientes para responder, en un determinado supuesto, a las necesidades específicas de los progenitores en relación con la conciliación de su vida laboral y familiar.

Dicho análisis en el caso concreto nos lleva a concluir que la aplicación uniforme del artículo 48 del ET sin tomar en consideración las peculiaridades y necesidades específicas de las familias monoparentales supone introducir una diferencia de trato respecto de un colectivo que tiene mayores dificultades para conciliar vida laboral y familiar, sin que sea de apreciar justificación objetiva de ningún tipo; el artículo 48.4 del ET permite a las familias monoparentales disfrutar de un período de suspensión contractual muy superior al que correspondería en caso de familia monoparental, dado que en el primer caso corresponden 16 semanas a cada uno de los progenitores, habida cuenta que, al margen de la previsión de disfrute simultáneo de las 6 primeras, el resto de períodos pueden disfrutarlo de forma sucesiva o en el modo que estimen más oportuno hasta que el menor cumpla doce meses, mientras que en el caso de familia monoparental, con un solo progenitor/a, el período de disfrute se limitaría a 16 semanas, a pesar de que las necesidades de atención y cuidado del menor son las mismas, tanto en calidad, como en intensidad, y las dificultades de conciliación de la familia monoparental muy superiores a las del modelo biparental clásico.



La tesis defendida por el INSS supondría llevar a cabo una interpretación contraria a los deberes derivados del artículo 39 de la CE y vulneradora del principio de igualdad del artículo 14 del texto constitucional, en los términos anteriormente expuestos, de ahí que deba descartarse la misma.

A mayor abundamiento, tal como apuntamos en la Sentencia n.º 5362/2022, incluso podría valorarse la concurrencia de una discriminación indirecta por razón de sexo: el concepto de discriminación indirecta aparece definido por el artículo 2.1.b) de la Directiva 2006/54/CE como "*la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios*". En dicho concepto de discriminación indirecta se incluye, conforme al apartado 2.c) del artículo 2, "*el trato menos favorable a una mujer en relación con el embarazo o el permiso por maternidad en el sentido de la Directiva 92/85/CEE*".

El concepto de discriminación indirecta aparece también en el artículo 6.2 de la LOIEHM (LO 3/2007) en términos similares, si bien interesa ahora destacar que tras proclamar el artículo 3 de la misma el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres, concebido como ausencia de cualquier discriminación directa o indirecta, por razón de sexo y, especialmente, las derivadas de maternidad, asunción de obligaciones familiares y estado civil, el artículo 4 de esta Ley establece de forma clara, expresa e imperativa que "*La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas*", por lo que ninguna duda albergamos sobre la necesidad de llevar a cabo la interpretación del artículo 48, apartados 4, 5 y 6, conforme a dicho principio.

A tenor de los datos estadísticos que hemos referido en el fundamento jurídico tercero, alrededor del 81% de las familias monoparentales son encabezadas por una mujer, por lo que resulta evidente que el impacto negativo de una interpretación lineal como la propuesta por el INSS sería muy superior respecto de las mujeres, por lo que estaríamos propiciando una discriminación interseccional, en la medida en que el trato desfavorable repercute mayoritariamente en la mujer por diversas razones, su condición de mujer y la pertenencia a una familia monoparental, entre otras.

**QUINTO** . - Tal como hemos dejado expuesto en los anteriores razonamientos jurídicos, no es posible compartir la interpretación propuesta por el INSS, por cuanto resultaría contraria al principio de igualdad (artículo 14 CE) y supondría un incumplimiento de los deberes de protección a la familia derivado del artículo 39 de la CE, al hacer de peor condición a las familias monoparentales, argumentos a los que debemos añadir el de desprotección y discriminación respecto de los menores pertenecientes a modelos familiares monoparentales, con infracción del apartado 2º del artículo 39 de la CE.

En este punto es imprescindible recordar que la finalidad primordial de la suspensión contractual, tras la entrada en vigor del RDL 6/2019 y de la Directiva 2019/1158, es la atención y cuidado del menor y la compatibilización de la vida laboral y familiar, produciéndose una finalidad dual y diferente respecto de los progenitores, exclusivamente respecto de las primeras seis semanas de suspensión y en el caso de la madre biológica; así, en la STS /Sala IV, de 5 de julio de 2022 (recurso 906/2019), se declara que, en la actualidad, tras el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, la causa de suspensión es por nacimiento, que comprende el parto y el cuidado de menor de doce meses, y

suspende el contrato de trabajo de la madre biológica durante 16 semanas, suspendiendo igualmente por ese mismo período de tiempo el contrato de trabajo del progenitor distinto de la madre biológica, siendo relevante destacar que "*la legislación vigente relaciona expresamente la suspensión del contrato de trabajo de la madre biológica, concretamente las obligatorias seis semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto con la protección de la salud de la madre. Y relaciona expresamente la suspensión del contrato de trabajo del progenitor distinto a la madre biológica, concretamente asimismo las seis semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto con el cumplimiento de los deberes de cuidado previstos en el artículo 68 del Código Civil*", precepto éste que establece, en lo que aquí importa, que los cónyuges deben compartir las responsabilidades de atención y cuidado de los descendientes.

Ahora bien, conviene matizar que esa finalidad de "protección de la salud", aunque sea considerada como la primordial, no es la única, tal como ya pusiera de manifiesto la STC 111/2018, por cuanto no siendo identificable el puerperio con una situación de incapacidad temporal, al no tratarse de una enfermedad, ni de una patología, lo que se persigue es que durante esas seis primeras semanas la madre biológica pueda compatibilizar la recuperación de las alteraciones fisiológicas derivadas del parto con la atención y cuidado del menor, con el cual se produce un vínculo especialmente intenso en esas primeras semanas de vida, de manera que junto a la finalidad "primordial" de recuperación de la salud, no debe perderse de vista la de atención y cuidado del menor.



Por lo que respecta al otro progenitor, distinto de la madre biológica, la Directiva 2019/1158, configura un nuevo marco normativo, tendente a la corresponsabilidad en el cuidado familiar de varones y mujeres, disponiendo expresamente que *"Al objeto de fomentar un reparto mas equitativo entre mujeres y hombres de las responsabilidades en el cuidado de familiares, y de permitir que secrete un vínculo temprano entre padres e hijos, debe introducirse el derecho a un permiso de paternidad para los padres o, en el caso y en la medida en que se reconozca en la legislación nacional, para los segundos progenitores equivalentes. Los padres deben acogerse a dicho permiso en torno al momento del nacimiento de un hijo y debe estar claramente vinculado al nacimiento con el fin de prestarle asistencia.*

En el actual contexto normativo parece evidente que, una vez superadas las primeras seis semanas del permiso, la finalidad es coincidente con independencia del progenitor o progenitora de que se trate, concretándose en la atención y cuidado del menor y en la conciliación de la vida laboral y familiar, tal como ya hemos declarado en nuestra Sentencia n.º 5373/2022, de 17 de octubre.

Siendo esa la finalidad de la suspensión contractual, una interpretación lineal o uniforme como la que propugna el INSS, poniendo el foco exclusivamente en la consideración de que estamos ante dos derechos independientes, correspondiendo cada uno de ellos a cada progenitor, sin posibilidad de acumulación ni ampliación en caso alguno, comportaría un claro perjuicio en los derechos y finalidades que se pretenden tutelar, colocando a los hijos de familias monoparentales en una situación de inferior protección que los de familias biparentales, a consecuencia de no haber tomado en consideración nuestra normativa los diversos modelos de organización familiar existentes en la actualidad, incurriendo en una diferencia de trato contraria a las previsiones del artículo 39.2 de la CE.

Tanto el artículo 48, apartados 4º, 5º y 6º del ET, como los referentes a la protección que se dispensa en las normas de Seguridad Social a las situaciones contempladas en dichos apartados forman parte del desarrollo del mandato constitucional (artículo 39 CE) que establece la protección de la familia y de la infancia, finalidad que ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa, teniendo siempre presente la finalidad de protección integral de los hijos, iguales ante la ley, con independencia del modelo familiar al que pertenezcan.

En este punto debemos traer a colación la doctrina contenida, entre otras, en la STC 64/2019, en la que se recuerda que el interés superior del menor es la consideración primordial a la que deben atender todas las medidas concernientes a los menores "que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos", según el art. 3.1 de la Convención sobre los derechos del niño ratificada por España mediante Instrumento de 30 de noviembre de 1990 (BOE 31/12/1990). Como detalla la Observación general n.º 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, el citado precepto enuncia uno de los cuatro principios generales de la Convención en lo que respecta a la interpretación y aplicación de todos los derechos del niño, a aplicar como un concepto dinámico que debe evaluarse adecuadamente en cada contexto. Es uno de sus valores fundamentales, y responde al objetivo de garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención. Añade que no hay jerarquía de derechos en la Convención: todos responden al "interés superior del niño", y ningún derecho debería verse perjudicado por una interpretación negativa del interés superior del menor.

La importancia de dicha perspectiva interpretativa también ha sido puesta de relieve, entre otras, por la STS/Sala IV n.º 700/2022, de 7 de septiembre, dictada en RCUD n.º 475/2019, invocando también el artículo 24.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DOUE C38/391 de 30 de marzo de 2010), en el que se establece que "En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial"; esa misma idea preside el artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, interpretado por el TEDH en las sentencias de 26 de junio de 2014, destacando que el respeto al interés superior del menor ha de guiar cualquier decisión que les afecte.

Buena prueba de la importancia de tomar en consideración dicho principio para preservar los intereses del menor la encontramos en la Sentencia de la Sala I del TS n.º 277/2022, de Pleno, de 31 de marzo, en la que, pese a los contundentes pronunciamientos en el sentido de que la gestación por sustitución comercial vulnera gravemente los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los convenios internacionales sobre derechos humanos, tanto de la madre gestante como del niño gestado, apelando a la indispensable protección del menor acepta la posibilidad de reconocer y establecer la filiación del mismo.

Obviamente, como recuerda la STS/Sala IV de 6 de febrero de 2014, dictada en casación 245/2012, «la cláusula general del interés superior del menor, contenida en la legislación, no permite al juez alcanzar cualquier resultado en la aplicación de la misma, sino que su aplicación ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley



y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma», y dicho principio ha de servir para la interpretación de las normas ahora examinadas referentes a un permiso y una prestación configuradas para garantizar la atención y cuidado del menor.

Pues bien, sobre el principio general del interés superior del menor, el artículo 2.1 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, conforme a la redacción derivada de la reforma operada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, señala que «todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernen, 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».

La interpretación propuesta por el INSS prescinde total y absolutamente de ese aspecto, la tutela de los derechos del menor establecida en tratados y acuerdos internacionales ratificados por España que, conforme al artículo 96 de la CE, forman parte de nuestro ordenamiento jurídico y son directamente aplicables (artículo 1.5 CC), debiendo interpretarse las normas conforme a ellos, según el artículo 10.2 del mismo texto, lo que permite, tal como ya indicase la STC 38/1981, configurar el sentido y alcance de los derechos que recoge la Constitución; asimismo, el artículo 31 de la Ley 25/2014, de 17 de noviembre, sobre Tratados y Acuerdos Internacionales establece que "las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas".

Nuestra jurisprudencia ha desarrollado esta vinculación y ha señalado reiteradamente que los tratados y acuerdos internacionales a los que se remite el art. 10.2 de la Constitución "constituyen valiosos criterios hermenéuticos del sentido y alcance de los derechos y libertades que la Constitución reconoce", de suerte que habrán de tomarse en consideración "para corroborar el sentido y alcance del específico derecho fundamental que... ha reconocido nuestra Constitución" (entre otras, SSTC 292/2000, de 30 de noviembre y 53/2002, de 27 de febrero).

Tal eficacia corresponde, por tanto, a la Convención de los Derechos del Niño, así como al artículo 24.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la U.E., y a la vista de la normativa y jurisprudencia citada, la interpretación literal y restrictiva determinaría que los menores nacidos en familias monoparentales no podrían beneficiarse del mismo tiempo de atención, cuidados directos e implicación personal que los nacidos en familias biparentales, generándose una diferencia de trato injustificada, con infracción de las previsiones de los artículos 2 y 3 de la Convención de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, anteriormente citada y de la LO de protección jurídica del menor; no cabe dispensar un trato distinto de cuidado y crianza a los menores en función de la composición de la familia de que formen parte, un trato discriminatorio evidente por razón de una circunstancia o condición no tanto del menor pero sí de su progenitora; en consecuencia, partiendo de que lo único trascendente es el derecho del menor a disfrutar de los cuidados y atención por un tiempo determinado, la limitación de la suspensión y prestación a únicamente 16 semanas en el caso de las familias monoparentales carece de toda justificación objetiva.

**SEXTO.** - La conclusión alcanzada por la Sala, con base en todos los argumentos previamente expuestos, ha de comportar la desestimación del recurso de suplicación formulado por el INSS, manteniéndose el derecho de la demandante al disfrute de 32 semanas de suspensión del contrato y, por ende, de la prestación, punto este en el que nos apartamos del criterio que habíamos expresado en nuestra Sentencia previa de 17 de octubre de 2022, discrepancia que ha justificado el sometimiento de la cuestión al Pleno.

En nuestra anterior sentencia indicábamos que no es posible la "duplicación" del período, debiendo excluirse las primeras semanas, por estar destinadas a la recuperación de la salud de la madre biológica, siendo obligatorio para el otro progenitor el disfrute simultáneo y de forma inmediatamente posterior al nacimiento.

No cabe duda de que eso es así en el caso del modelo de familia biparental al que se dirige el artículo 48.4 del ET, pero teniendo en cuenta que descartamos la interpretación del mismo de forma uniforme para ambos modelos familiares, biparentales y monoparentales, a fin de evitar caer en un trato discriminatorio y desfavorable para éstas, si partimos de la afirmación de que las familias monoparentales tienen mayores problemas para hacer efectiva la conciliación de vida laboral y familiar, derivados de la existencia de un solo progenitor, colocándose en situaciones de mayor vulnerabilidad, y siendo esencial la atención y cuidado del menor en los primeros meses de vida, que resulta menos onerosa en el caso de familias biparentales que monoparentales, dada la existencia de dos progenitores a cada uno de los cuales se les reconoce el derecho de suspensión, la ampliación del período debe ser íntegra, sin excluir las primeras seis semanas.



Establecer la duración de la prestación en función del número de progenitores en lugar de atender de manera preferente al superior interés del menor, que aparece como único e inescindible cualquiera que sea la forma familiar, no solo supone desconocer los criterios interpretativos cuya aplicación postulamos, sino también dar efectos jurídicos a un trato discriminatorio por razón del nacimiento y de la condición personal y familiar del recién nacido, y para evitar tan perniciosos efectos y garantizar un trato igualitario, la interpretación acorde con los derechos y principios en juego es considerar que la progenitora única que se ocupa del cuidado de la menor tiene derecho a un disfrute del permiso equivalente al que hubiese correspondido de existir el otro progenitor, esto es, 32 semanas, por cuanto las necesidades del menor son idénticas y no disminuyen en atención a la existencia de uno o más progenitores.

La previsión del artículo 48.4 del ET en el sentido de que el progenitor distinto de la madre biológica debe disfrutar las seis primeras semanas de suspensión, inmediatamente después del nacimiento, de forma ininterrumpida y sin posibilidad alguna de transferir su ejercicio, tiene sentido exclusivamente en el caso de familias biparentales, dado que la razón de ser de dicha previsión, como

reiteradamente hemos puesto de manifiesto, es doble, por un lado, fomentar el vínculo temprano de dicho progenitor con el recién nacido y, por otro, impedir que se consolide la práctica extendida entre muchos padres de no aprovechar el permiso parental transfiriendo una parte importante del mismo a las madres, lo que redunda en perjuicio del reparto equitativo entre mujeres y hombres de las responsabilidades de cuidado de familiares, contribuyendo a perpetuar los roles o estereotipos de género, de ahí que se introduzca esa previsión de disfrute obligatorio para el progenitor distinto de la madre biológica.

Ahora bien, cuando no hay ningún otro progenitor, ninguna posibilidad existe de disfrute simultáneo, ni tampoco de compartir responsabilidades, que son asumidas exclusivamente por la única progenitora, que es la encargada de dispensar al menor idéntica atención y cuidado que el reconocido para menores nacidos en familias biparentales, hasta que cumpla los doce meses, de ahí que deba reconocerse el derecho a la acumulación íntegra del derecho reconocido a favor del otro progenitor, en este caso inexistente, evitando de este modo que los menores pertenecientes a familias monoparentales reciban un cuidado subsidiado inferior en cuanto a su duración y calidad, así como que se vea afectada la efectividad de la conciliación de la vida familiar y laboral de la progenitora única.

Esta solución es la que se deriva de una aplicación integradora del ordenamiento jurídico que permite considerar, además del texto de la norma ordinaria (artículo 48.4, 5 y 6 del ET y artículo 177 LGSS), las disposiciones de alcance constitucional y supranacional precitadas; nos hallamos ante un supuesto que nuestra legislación no contempla, pero que tampoco excluye ni cierra una vez efectuado, como es el caso, el necesario juicio de adecuación a los principios de protección de la familia y del menor (artículo 39 CE) y no discriminación (artículo 14 CE), que han de inspirar cualquier interpretación en esta materia.

En este sentido se han pronunciado ya, entre otras, la Sentencia de la Sala Social del TSJ de Madrid n.º 854/2021, de 13 de octubre (ya firme) y más recientemente, el mismo Tribunal, en Sentencia n.º 582/2022, de 24 de octubre, acogiendo precisamente el argumento del trato desfavorable al menor en función del modelo familiar al que pertenece, argumento que, como ha quedado expuesto, compartimos íntegramente, debiendo ser desestimado el recurso de suplicación formulado por el INSS y confirmada la sentencia de instancia.

VISTOS los preceptos citados y por las razones expuestas

## FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación formulado por el INSS y, en consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la Sentencia dictada por el Juzgado Social n.º 2 de Mataró, de 20 de diciembre de 2021, en el procedimiento n.º 898/2021. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídense testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia se devolverán los autos al Juzgado de instancia para su debida ejecución.

La presente resolución no es firme y contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. El recurso se preparará en esta Sala dentro de los diez días siguientes a la notificación mediante escrito con la firma de Letrado debiendo reunir los requisitos establecidos en el Artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.



Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el artículo 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, depositará al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en BANCO SANTANDER, cuenta Nº 0965 0000 66, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, con las exclusiones indicadas en el párrafo anterior, y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER, cuenta Nº 0965 0000 80, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos. La parte recurrente deberá acreditar que lo ha efectuado al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

Podrá sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento de la condena por aval solidario emitido por una entidad de crédito dicho aval deberá ser de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento.

Para el caso que el depósito o la consignación no se realicen de forma presencial, sino mediante transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, en dichas operaciones deberán constar los siguientes datos:

La cuenta bancaria a la que se remitirá la suma es IBAN ES 55 0049 3569 920005001274. En el campo del "ordenante" se indicará el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y el NIF o CIF de la misma.

Como "beneficiario" deberá constar la Sala Social del TSJ DE CATALUÑA. Finalmente, en el campo "observaciones o concepto de la transferencia" se introducirán los 16 dígitos indicados en los párrafos anteriores referidos al depósito y la consignación efectuados de forma presencial.

Así por nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

## VOTO PARTICULAR

QUE FORMULA EL MAGISTRADO ILMO. SR. D. GREGORIO RUIZ RUIZ A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO DE SUPLICACIÓN Nº. 1552/2022.

**PRIMERO.**- La sentencia de la que mediante este voto particular disiento confirma, como ha podido observarse, la decisión contenida en la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 2 de los de Mataró recurrida en suplicación ante la Sala. Una sentencia del Juzgado de lo Social en la que se reconoce, recuerdo, el derecho de la demandante "...a percibir prestación por nacimiento de menor con base reguladora de 135'67 € y período de 32 semanas de las que 16 ya han sido reconocidas...." (*v. fallo* de la sentencia del Juzgado). En la relación de hechos probados de la resolución recurrida se registrará exclusivamente, y por lo que se refiere a las circunstancias personales de la demandante, que ésta "...tuvo un hijo en fecha 18 de mayo de 2021 con el que forma familia monoparental" (apartado primero). En su fundamentación jurídica el Juzgado indicará únicamente que "se muestra conformidad con este posicionamiento de manera que se considera que la pretensión de la parte demandante ha de ser aceptada" (apartado segundo *in fine* de la relación de fundamentos jurídicos). El posicionamiento al que remite el Juzgado es el adoptado en sentencia de la Sala de lo Social del TSJPV de 6/10/2020 (RS 941/2020), resolución que, por lo demás, reproducirá íntegramente, y al que no añade, como indico, otra consideración que la apuntada, esto es, la de "conformidad" con dicha sentencia del TSJPV. Sentencia del Juzgado que la Sala confirma, como he indicado, en su integridad para, y de esta manera y como también he señalado, reconocer el derecho de la demandante a ampliar la suspensión de su contrato de trabajo y la duración de la prestación por nacimiento y cuidado de hijo que queda así establecida en un período de 32 semanas. Período así reconocido que, como se especifica también en la resolución de la Sala, sería el resultado de acumular a las diecisésis que tiene reconocidas las diecisésis que corresponderían al otro progenitor.

**SEGUNDO.**- Quiero indicar de entrada que la formulación de un *voto particular*, posibilidad prevista sin mayores restricciones en el art. 205 de la L.E.C. y siempre que, única exigencia formal establecida en la L.E.C., el Magistrado *discrepante* lo hubiera anunciado al tiempo de la votación o firma de la resolución permite la expresión formal y pública de las posiciones y razonamientos del discrepante. En todo caso quiero expresar mi opinión de que la formulación de un *voto particular* no se adecua o corresponde a la expresión de simples y puntuales desacuerdos en relación a aspectos muy concretos, incluso normativos, del caso enjuiciado; o



de "disensos" que, y en todo caso, pudieran tenerse como escasamente trascendentales a la resolución del mismo. Con un voto *particular*, entiendo, tenderá ordinariamente a expresarse la preocupación del Magistrado *discrepante* por la significación y consecuencias de la posición jurídica adoptada por la mayoría y que puedan, efectivamente, trascender al caso mismo. Circunstancia que, y como inmediatamente he de poner de manifiesto, acontece en el presente caso y que me lleva a considerar de todo punto inexcusable la expresión pública de mi posición, inequívocamente discrepante, respecto de la decisión adoptada en la sentencia referida de la Sala.

**TERCERO.-** Sigue que, con dicha decisión y siempre a mi juicio, el Tribunal, además de incurrir en la que tengo por evidente infracción de los mismos preceptos legales en que ampara el *fallo* contenido en la misma, estaría infringiendo antes, y fundamentalmente, un principio básico de nuestro sistema constitucional. Estaría asumiendo y ejerciendo, entiendo que claramente y tal y como intentaré evidenciar más adelante, funciones que exceden, no ya de su competencia, sino de la propia función asignada constitucionalmente a los Jueces y Tribunales. Se estaría desconociendo, creo que con grave intensidad, el mandato constitucional de *exclusividad* de la función jurisdiccional que se impone en los apartados 3 y 4 del art. 117 de la Constitución. No puedo evitar hacer una breve, siquiera, referencia al contenido y significado actual de dicho, sin duda, significativo principio o mandato constitucional. Los apartados del art. 117 mencionados disponen efectivamente, cabe recordar, que "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....(y que) 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". Una *exclusividad* de la jurisdicción que se manifiesta o funciona por tanto, y tal y como viene a referirse regularmente al efecto en todas nuestras Facultades de Derecho, en un doble sentido. Lo haría en un sentido claramente *positivo* al proscribir la intervención de los otros dos Poderes del Estado en el ámbito funcional constitucionalmente reservado al Poder Judicial; pero también lo haría en un sentido *negativo* al prohibir, taxativa e igualmente, que los Juzgados y Tribunales ejerzan funciones que no les *correspondan*, esto es, funciones constitucionalmente asignadas a los otros Poderes del Estado. Es, sin duda, un principio relativo a la función o a la configuración del Poder judicial que no puede tenerse sino como axial del propio sistema constitucional en la medida en que participa, se reconoce también ordinariamente, en la labor de definición de la propia *forma* del Estado. Y es que queda configurado con tales mandatos una auténtica garantía del principio de separación de poderes que es propio de un Estado Social y Democrático de Derecho como el conformado por la Constitución de 1978. Una por ello destacable y destacada importancia que no ha de impedir, sin embargo e inmediatamente, el reconocimiento de las permanentes dificultades que su proyección práctica o aplicación ha generado y sigue, como se demuestra en este caso, generando. Unas dificultades a las que la doctrina jurídica y sociológica ha prestado y sigue prestando permanente atención. En la lista de nombres propios que se citan al referirse a dicha cuestión es inevitable mencionar los de Kant, Kelsen, Stuart Mill, Habermas, Weber,

Rawls, Dworkin o Hart por citar sólo algunos de los más destacados (en nuestro ámbito más próximo la lista sería igualmente prácticamente inabarcable pudiendo citarse sólo, a modo de simple indicación aunque también por su importancia doctrinal y posiciones bien diferenciadas, a Ignacio de Otto y a Atienza). No se trata por tanto, y como parece evidente, de una cuestión de la que pueda predicarse una solución sencilla. Todo lo contrario. En cualquier caso no pueden despacharse tales dificultades sin más, esto es, con una escasa o simple mención al efecto. Sigue además que la evolución social actual, con una proyección destacada en aspectos normativos y sociales como los que aquí se han de examinar, no hace sino extremar las dificultades de su abordaje jurídico. Al respecto puede recordarse la reflexión del sociólogo alemán probablemente más escuchado al respecto y antes citado, Max Weber, que advertía expresamente en una larga consideración cómo, y en un *mundo* como el actual que vive, tras la rotunda crisis del liberalismo, en la que él denominaba ya *democraciasocial*, caracterizada precisamente por una participación intensa y extensa del Estado en la sociedad, la actividad del operador jurídico se presenta como una actividad enormemente compleja. Y ello es así por cuanto, apuntará Weber y parece confirmarse plenamente en la realidad social y también jurisdiccional actual, lo que se les viene a exigir a los operadores del Derecho y, y en particular, a los Jueces y Magistrados, es garantizar la efectividad de la tutela de los derechos y materializar además el derecho a un proceso *justo* que buscaría como fin lograr una ansiada paz social.

**CUARTO.-** Estas consideraciones previas que, y como he indicado, tengo por inevitables, han de servir como coordinadas básicas del análisis de la sentencia de la Sala y, y con ella, de la del propio caso enjuiciado. Y es que con su decisión la Sala, y antes el Juzgado, superan, dicho sea con pleno reconocimiento del intenso y sin duda valioso trabajo asumido por la Sala para resolver el citado procedimiento y, y en particular, del realizado por los dos Magistrados ponentes de las sentencias dictadas en la misma al efecto, superan, insisto y siempre a mi juicio, los límites funcionales constitucionalmente asignados al Poder Judicial y en el que la Sala y el Juzgado, evidentemente, quedan integrados. Extraplantación que se produciría inevitablemente, no sería



necesario siquiera apuntarlo, en una clara infracción de los preceptos constitucionales antes mencionados. En todo caso, también cabría advertir, el conflicto que se resuelve por la Sala ilustraría perfectamente, como se podrá comprobar, las dificultades y complejidad del trabajo actual de los Juzgados y Tribunales que antes se apuntaban respecto de la "aplicación" de la ley y también en la determinación de los límites que en dicha labor nos afectan.

**QUINTO.**- Como antes he referido la posición mayoritaria de la Sala reconoce y declara, ratificando la sentencia de instancia, el derecho de una trabajadora, en cuanto integrante de una familia que se califica como *monoparental*, sin realizarse mayor especificación ni por el Juzgado ni por la Sala respecto a sus circunstancias personales, excepto para referir el nacimiento de un hijo de la demandante, el derecho, se dice, a ampliar la suspensión de su contrato y la duración de la prestación por nacimiento y cuidado de hijo mediante la acumulación de períodos apuntada, esto es, sumando a las dieciséis semanas que en todo caso, y legalmente, le corresponderían, las dieciséis que corresponderían al otro progenitor en el caso de estuviera constituida como familia *biparental*. Se reconocerá así el derecho el derecho de la demandante al disfrute de 32 semanas de prestación por nacimiento y cuidado de hijo. Un derecho que, aunque sea una obviedad apuntarlo, no se desprende ni se reconoce en las normas de aplicación al caso ni por la duración del mismo, ni por el período en que puede causarse, al menos en parte, ni por la posibilidad de una *acumulación* que, y de hecho, queda reiteradamente prohibida en tales normas. Unas normas legales que están, por lo demás, perfectamente identificadas en la decisión de la Sala. La primera norma citada es el art. 177 de la L.G.S.S.. Un precepto legal que declara, y en cuanto puede interesar ahora registrar, que "a efectos de la prestación por nacimiento y cuidado de menor prevista en esta sección, se consideran situaciones protegidas el nacimiento, la adopción, la guarda con fines de adopción y el acogimiento familiar.....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". Mencionará a continuación, y como era inexcusable por la propia remisión del art. 177 al art. 48 del E.T., a este precepto del E.T.. Un precepto éste relativo y determinante, como es sabido, de los supuestos de suspensión del contrato de trabajo con reserva para el trabajador de ese puesto. Se indica en él, recordemos también y en cuanto ahora interesa igualmente registrar, que ...."el nacimiento, que comprende el parto y el cuidado del menor de doce meses, suspenderá el contrato de la madre biológica durante 16 semanas, de las cuales serán obligatorias las seis semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto, que habrán de disfrutarse a jornada completa, para asegurar la protección de la salud de la madre....(y que) el nacimiento suspenderá el contrato de trabajo del progenitor distinto de la madre biológica durante 16 semanas, de las cuales serán obligatorias las seis semanas ininterrumpidas posteriores al parto, que habrán de disfrutarse a jornada completa, para el cumplimiento de los deberes de cuidado previstos en el artículo 68 del Código Civil". Se sancionará igualmente en la norma, para los casos de parto prematuro y en aquéllos en que, por cualquier otra causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, que "....el período de suspensión podrá computarse, a instancia de la madre biológica o del otro progenitor, a partir de la fecha del alta hospitalaria....(bien que) se excluyen de dicho cómputo las seis semanas posteriores al parto, de suspensión obligatoria del contrato de la madre biológica". En relación a los términos de la suspensión del contrato de trabajo de cada uno de los progenitores por el cuidado de menor, se concretará igualmente en la norma, es que "....y una vez transcurridas las primeras seis semanas inmediatamente posteriores al parto, podrá distribuirse a voluntad de aquéllos, en períodos semanales a disfrutar de forma acumulada o interrumpida y ejercitarse desde la finalización de la suspensión obligatoria posterior al parto hasta que el hijo o la hija cumpla doce meses....(bien que) el disfrute de cada período semanal o, en su caso, de la acumulación de dichos períodos, deberá comunicarse a la empresa con una antelación mínima de quince días". Un derecho éste, se sanciona con precisión, que "....es individual de la persona trabajadora sin que pueda transferirse su ejercicio al otro progenitor". En el apartado quinto, y para los supuestos de adopción y de guarda con fines de adopción y/o acogimiento, se establece la misma duración de 16 semanas de suspensión para cada adoptante, guardador o acogedor, disponiendo por lo demás, en idéntica forma que para el caso de nacimiento regulado en el apartado cuarto, que "seis semanas deberán disfrutarse a jornada completa de forma obligatoria e ininterrumpida inmediatamente después de la resolución judicial por la que se constituye la adopción o bien de la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento"; manteniéndose igualmente que "este derecho es individual de la persona trabajadora sin que pueda transferirse su ejercicio al otro adoptante, guardador con fines de adopción o acogedor". Finalmente, y en el apartado sexto, se prevé o amplía, para los supuestos de menores con discapacidad, una duración adicional de la suspensión de dos semanas, una para cada uno de los progenitores.

**SEXTO.**- ¿Qué es lo que advertirá u observará la Sala en éste preciso y extraordinariamente articulado art. 48 del E.T.? Lo que se dirá por la Sala es básicamente que con tal precepto el legislador "....no contempla más que un modelo familiar, el clásico biparental, sin tomar en consideración la diversidad de estructuras familiares que han surgido en los últimos años...que ha determinado.....la existencia de un total de 1.916.800 familias

monoparentales....de las cuales 1.550.000 se corresponden con hogares monoparentales encabezados por mujeres, lo que representa alrededor de un 81%, por lo que no se trata de un fenómeno aislado, sino que representa una parte significativa del modelo familiar de nuestra sociedad...." (apartado tercero de la relación de fundamentos jurídicos). Se estaría, se indica también, ante un "....modelo familiar....(que) afronta mayores dificultades que la familia nuclear biparental clásica, para la atención y cuidado de los hijos e hijas, y para compaginar la vida laboral y familiar, particularmente en el caso de las mujeres trabajadoras, que son la inmensa mayoría de las titulares de familias monoparentales....(a las que atribuye por esa condición) una especial vulnerabilidad y situación propicia a la discriminación.....(pese a lo que) ninguna previsión específica se contempla para ese modelo familiar....". Y es por ello, concluirá diciendo la Sala, que "....en función de la interpretación que se efectúe del artículo 177 de la LGSS en relación con el artículo 48.4 del ET, pueda producirse una insuficiente tutela legal de la protección de la familia y del menor impuesta por el artículo 39 de la Constitución....". Una tutela que se juzga así "insuficiente" por la Sala y que le "....obliga a analizar si esa no diferenciación respecto de situaciones diferentes puede ser contraria al principio de igualdad...." (mismo apartado tercero citado). Un análisis que realizará en el apartado siguiente de su relación de fundamentos para indicar que "....la aplicación uniforme del artículo 48 del ET sin tomar en consideración las peculiaridades y necesidades específicas de las familias monoparentales supone introducir una diferencia de trato respecto de un colectivo que tiene mayores dificultades para conciliar vida laboral y familiar, sin que sea de apreciar justificación objetiva de ningún tipo....". Y se mantendrá en tal sentido por la Sala que "....el artículo 48.4 del ET permite a las familias monoparentales disfrutar de un período de suspensión contractual muy superior al que correspondería en caso de familia monoparental, dado que en el primer caso corresponden 16 semanas a cada uno de los progenitores, habida cuenta que, al margen de la previsión de disfrute simultáneo de las 6 primeras, el resto de períodos pueden disfrutarlo de forma sucesiva o en el modo que estimen más oportuno hasta que el menor cumpla doce meses, mientras que en el caso de familia monoparental, con un solo progenitor/ a, el período de disfrute se limitaría a 16 semanas, a pesar de que las necesidades de atención y cuidado del menor son las mismas, tanto en calidad, como en intensidad, y las dificultades de conciliación de la familia monoparental muy superiores a las del modelo biparental clásico....". La Sala no termina, en cualquier caso, con la realización de dicho análisis. Referirá que "....a mayor abundamiento....incluso podría valorarse la concurrencia de una discriminación indirecta por razón de sexo....definido por el artículo 2.1.b) de la Directiva 2006/54/CE....(y) en el artículo 6.2 de la LOIEHM (LO 3/2007) en términos similares, si bien interesa ahora destacar que tras proclamar el artículo 3 de la misma el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres, concebido como ausencia de cualquier discriminación directa o indirecta, por razón de sexo y, especialmente, las derivadas de maternidad, asunción de obligaciones familiares y estado civil, el artículo 4 de esta Ley establece de forma clara, expresa e imperativa que "la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas "....". Y de ello, concluirá ya con máxima rotundidad, "....ninguna duda albergamos sobre la necesidad de llevar a cabo la interpretación del artículo 48, apartados 4, 5 y 6, conforme a dicho principio....(de forma que) a tenor de los datos estadísticos que hemos referido en el fundamento jurídico tercero.....resulta evidente que el impacto negativo de una interpretación lineal como la propuesta por el INSS sería muy superior respecto de las mujeres, por lo que estaríamos propiciando una discriminación interseccional, en la medida en que el trato desfavorable repercute mayoritariamente en la mujer por diversas razones, su condición de mujer y la pertenencia a una familia monoparental, entre otras...." (apartado cuarto de la relación de fundamentos jurídicos).

**SÉPTIMO.** - Tampoco, y con esa nueva declaración, terminará la Sala el análisis de los preceptos legales en cuestión. Antes y al contrario, indicará a continuación que "....tanto el artículo 48, apartados 4º, 5º y 6º del ET, como los referentes a la protección que se dispensa en las normas de Seguridad Social a las situaciones contempladas en dichos apartados forman parte del desarrollo del mandato constitucional ( artículo 39 CE) que establece la protección de la familia y de la infancia, finalidad que ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa....(que) la doctrina contenida, entre otras, en la STC 64/2019, en la que se recuerda que el interés superior del menor es la consideración primordial a la que deben atender todas las medidas concernientes a los menores "que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos", según el art. 3.1 de la Convención sobre los derechos del niño ratificada por España mediante Instrumento de 30 de noviembre de 1990 BOE 31/12/1990)....(y que) la Observación general n.º 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño....enuncia uno de los cuatro principios generales de la Convención en lo que respecta a la interpretación y aplicación de todos los derechos del niño, a aplicar como un concepto dinámico que debe evaluarse adecuadamente en cada contexto....(que) sobre el principio general del interés superior del menor, el artículo 2.1 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, conforme a la redacción derivada de la reforma operada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, señala que «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... (y) 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».....(y será por todo ello que, dirá la Sala) la interpretación propuesta por el INSS prescinde total y absolutamente de ese aspecto, la tutela de los derechos del menor establecida en tratados y acuerdos internacionales ratificados por España que, conforme al artículo 96 de la CE, forman parte de nuestro ordenamiento jurídico y son directamente aplicables (artículo 1.5 CC), debiendo interpretarse las normas conforme a ellos, según el artículo 10.2 del mismo texto, lo que permite, tal como ya indicase la STC 38/1981, configurar el sentido y alcance de los derechos que recoge la Constitución; asimismo, el artículo 31 de la Ley 25/2014, de 17 de noviembre, sobre Tratados y Acuerdos Internacionales establece que "las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas".....(y que) en el actual contexto normativo parece evidente que, una vez superadas las primeras seis semanas del permiso, la finalidad es coincidente con independencia del progenitor o progenitora de que se trate, concretándose en la atención y cuidado del menor y en la conciliación de la vida laboral y familiar, tal como ya hemos declarado en nuestra Sentencia nº 5373/2022, de 17 de octubre.....(y) siendo esa la finalidad de la suspensión contractual, una interpretación lineal o uniforme como la que propugna el INSS, poniendo el foco exclusivamente en la consideración de que estamos ante dos derechos independientes, correspondiendo cada uno de ellos a cada progenitor, sin posibilidad de acumulación ni ampliación en caso alguno, comportaría un claro perjuicio en los derechos y finalidades que se pretenden tutelar, colocando a los hijos de familias monoparentales en una situación de inferior protección que los de familias biparentales, a consecuencia de no haber tomado en consideración nuestra normativa los diversos modelos de organización familiar existentes en la actualidad, incurriendo en una diferencia de trato contraria a las previsiones del artículo 39.2 de la CE.....(e insistiendo en que) la interpretación propuesta por el INSS prescinde total y absolutamente de ese aspecto, la tutela de los derechos del menor establecida en tratados y

acuerdos internacionales ratificados por España...(de forma que) no cabe dispensar un trato distinto de cuidado y crianza a los menores en función de la composición de la familia de que formen parte, un trato discriminatorio evidente por razón de una circunstancia o condición no tanto del menor pero sí de su progenitor.....(y) en consecuencia, partiendo de que lo único trascendente es el derecho del menor a disfrutar de los cuidados y atención por un tiempo determinado, la limitación de la suspensión y prestación a únicamente 16 semanas en el caso de las familias monoparentales carece de toda justificación objetiva...." (apartado quinto de la relación de fundamentos jurídicos).

**OCTAVO.-** Al pronunciarse en los términos indicados la Sala advierte además que ".....manteniéndose el derecho de la demandante al disfrute de 32 semanas de suspensión del contrato y, por ende, de la prestación.....nos apartamos del criterio que habíamos expresado en nuestra sentencia previa de 17 de octubre de 2022, discrepancia que ha justificado el sometimiento de la cuestión al Pleno.....(que) en nuestra sentencia anterior indicábamos que no es posible la "duplicación" del período, debiendo excluirse las primeras semanas, por estar destinadas a la recuperación de la salud de la madre biológica, siendo obligatorio para el otro progenitor el disfrute simultáneo y de forma

inmediatamente posterior al nacimiento....que eso es así en el caso del modelo de familia biparental al que se dirige el artículo 48.4 del ET, pero teniendo en cuenta que descartamos la interpretación del mismo de forma uniforme para ambos modelos familiares, biparentales y monoparentales, a fin de evitar caer en un trato discriminatorio y desfavorable para éstas, si partimos de la afirmación de que las familias monoparentales tienen mayores problemas para hacer efectiva la conciliación de vida laboral y familiar, derivados de la existencia de un solo progenitor, colocándose en situaciones de mayor vulnerabilidad, y siendo esencial la atención y cuidado del menor en los primeros meses de vida, que resulta menos onerosa en el caso de familias biparentales que monoparentales, dada la existencia de dos progenitores a cada uno de los cuales se les reconoce el derecho de suspensión, la ampliación del período debe ser íntegra, sin excluir las primeras seis semanas...." (apartado sexto de la relación de fundamentos jurídicos). Y nuevamente indicará que una conclusión distinta "...no solo supone desconocer los criterios interpretativos cuya aplicación postulamos, sino también dar efectos jurídicos a un trato discriminatorio por razón del nacimiento y de la condición personal y familiar del recién nacido, y para evitar tan perniciosos efectos y garantizar un trato igualitario, la interpretación acorde con los derechos y principios en juego es considerar que la progenitora única que se ocupa del cuidado de la menor tiene derecho a un disfrute del permiso equivalente al que hubiese correspondido de existir el otro progenitor, esto es, 32 semanas, por cuanto las necesidades del menor son idénticas y no disminuyen en atención a la existencia de uno o más progenitores...."; y, y en relación a la exigencia legalmente establecida de que el progenitor distinto de la madre biológica *disfrute* de las seis



primeras semanas de suspensión, inmediatamente después del nacimiento, de forma ininterrumpida y sin posibilidad alguna de transferir su ejercicio, lo que mantiene la Sala es que una tal previsión o mandato legal ".....tiene sentido exclusivamente en el caso de familias biparentales, dado que la razón de ser de dicha previsión, como reiteradamente hemos puesto de manifiesto, es doble, por un lado, fomentar el vínculo temprano de dicho progenitor con el recién nacido y, por otro, impedir que se consolide la práctica extendida entre muchos padres de no aprovechar el permiso parental transfiriendo una parte importante del mismo a las madres, lo que redunda en perjuicio del reparto equitativo entre mujeres y hombres de las responsabilidades de cuidado de familiares, contribuyendo a perpetuar los roles o estereotipos de género, de ahí que se introduzca esa previsión de disfrute obligatorio para el progenitor distinto de la madre biológica....(pero que) cuando no hay ningún otro progenitor, ninguna posibilidad existe de disfrute simultáneo, ni tampoco de compartir responsabilidades, que son asumidas exclusivamente por la única progenitora, que es la encargada de dispensar al menor idéntica atención y cuidado que el reconocido para menores nacidos en familias biparentales, hasta que cumpla los doce meses, de ahí que deba reconocerse el derecho a la acumulación íntegra del derecho reconocido a favor del otro progenitor, en este caso inexistente, evitando de este modo que los menores pertenecientes a familias monoparentales reciban un cuidado subsidiado inferior en cuanto a su duración y calidad, así como que se vea afectada la efectividad de la conciliación de la vida familiar y laboral de la progenitora única....solución (que) es la que se deriva de una aplicación integradora del ordenamiento jurídico que permite considerar, además del texto de la norma ordinaria (artículo 48.4,

5 y 6 del ET y artículo 177 LGSS), las disposiciones de alcance constitucional y supranacional precitadas.... (por cuanto) nos hallamos ante un supuesto que nuestra legislación no contempla, pero que tampoco excluye ni cierra una vez efectuado, como es el caso, el necesario juicio de adecuación a los principios de protección de la familia y del menor ( artículo 39 CE) y no discriminación ( artículo 14 CE), que han de inspirar cualquier interpretación en esta materia....".

**NOVENO.-** Estos son, en definitiva, las amplias y trabajadas reflexiones de la Sala dirigidas a justificar la decisión que adopta. Sobre las mismas cabe advertir en primer término que la Sala opera con unos datos estadísticos y *estimaciones* de las *realidades* sociales a que alude que no se encuentran recogidas en la relación de hechos probados de la sentencia recurrida. Unos datos por ello que la Sala incorpora *per se* al debate procesal del recurso de suplicación. En todo caso, y en el análisis ya de las propias consideraciones de la Sala, lo primero que cabrá advertir o reconocer es lo que no se contiene en la sentencia de la Sala. No contiene, cabe advertir, indicación alguna respecto de la existencia de una norma de carácter internacional que entre en contradicción directa; o que, y para ser más preciso, establezca la consecuencia legal afirmada por la misma; esto es, que, y en el caso de las que denomina, a falta de una mayor precisión legal al efecto, familias *monoparentales*, quede establecida que la duración del período de maternidad debe ser el mismo, por lo que se refiere a su duración, que la que corresponda legalmente a los progenitores de las familias *biparentales*. No opera en definitiva con las previsiones del art. 96.1 de la Constitución o, en un plano inferior y bien que quede citado en la sentencia, con las del art. 31 de la Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, la Ley 25/2014. Opera o se mueve siempre la Sala por tanto en el plano de la legalidad descrita por los preceptos legales a los que remite y que pretende "integrar" en los términos descritos a la vista de la existencia de una situación de desprotección y de desigualdad que ella misma descubre y reconoce como existente tanto en un plano social general como, y también, se ha de concluir, en el caso directamente enjuiciado. Dicho o indicado lo que no se hace en la sentencia. conviene apuntar lo que sí que contiene y directamente se ofrece en la misma. Ofrece o, mejor, mantiene, a partir siempre de las afirmaciones descritas relativas a la desprotección y tratamiento desigual de las familias *monoparentales*, un análisis de los denominados en la teoría jurídica de "perspectiva de la capacidad". Existiría para la Sala, y así lo reconoce, una verdadera "desigualdad de capacidades" entre familias *monoparentales* y *biparentales* que le lleva a afirmar o identificar, y siempre en términos de la realidad que descubre, una verdadera "disparidad social" cuya corrección, y en términos siempre de la tutela judicial que se ha reclamado, emprende con la decisión que adopta. Encierra por lo demás, como parece obvio reconocer, un conjunto de *juicios de valor*, esto es, de análisis que le permiten, superando lo que la norma legal en definitiva "es", identificar, en un claro proceso de reconstrucción normativa y prestacional, lo que esa norma "debería ser". Treinta dos semanas de suspensión de contrato de trabajo y de prestación de maternidad, marcando su término temporal y la transferencia, claramente ficticia, en tanto que no hay otro progenitor identificado, de un derecho prestacional en materia de Seguridad Social no reconocido en vía administrativa, es lo que la Sala declara y establece como causados por la demandante. Todo ello, como decía, con el ánimo indudable de corrección de las graves *disparidades* sociales que la Sala ha identificado. Una labor sin duda loable y comprometida, social y jurídicamente hablando, pero que supera, a mi juicio y como advertía al inicio de este Voto, los límites constitucionales previstos para el ejercicio de la función jurisdiccional. El problema no está, creo poder indicar, en la realización de los denominados *juicios de valor* que, conviene indicar, no son



desconocidos en nuestra labor jurisdiccional. Su límite estaría siempre, y así suele repetirse doctrinalmente, en lo que se ha venido a denominar como práctica de un *irracionalismo valorativo*

(Weber) que se produciría en el caso de una decisión judicial que se base en instancias o fundamentos inverificados o inverificables y que no sean susceptibles de llevar a la identificación de un criterio que pueda ser reconocido como "axiológico" y objetivo. En el presente caso, y sin pronunciararme, para aceptar o rechazar, acerca de las conclusiones valorativas de la Sala sobre las mencionadas disparidades sociales y, en definitiva, sobre la desprotección de las familias *monoparentales*, entiendo, sin embargo y como indico, que la labor de la Sala ha infringido el principio de *exclusividad jurisdiccional* de su función que, y en el plano negativo mencionado, le impide apropiarse de funciones correspondientes a otros Poderes del Estado, en este caso, de las del Poder Legislativo. Y lo hace por cuanto recorre, entiendo, una vía jurídica y una práctica judicial que puede calificarse de *sustancial* en tanto que resulta, parece inexcusable reconocerlo, verdaderamente "creadora" de Derecho al sancionar no solo prestaciones de Seguridad Social no existentes y modificaciones de los contratos de trabajo que, no solo la norma legal descarta, sino que, y en algún caso, proscribe directa e inequívocamente.

**DECIMO.** - E insisto al efecto en que, y sin negar el *sustrato* de la decisión judicial por cuanto carezco o no puedo reconocer suficientes datos al efecto en tanto que no están registrados en la relación de hechos probados de la resolución revisada, la reacción de la Sala, tras afirmar como afirma que los parámetros legales contenidos en los arts. 48 del E.T. y 177 de la L.G.S.S. no superan el *juicio de igualdad* pudiendo infringir o estar en contradicción por ello con los preceptos constitucionales que cita, básicamente los contenidos en los arts. 14 y 39, debió ser, entiendo, otra y distinta. Creo que no sería necesario siquiera recordar cómo el art. 35.1 de la L.O.T.C. sanciona precisamente, para los supuestos en que los que los Jueces y Tribunales hayan de aplicar una norma con rango de Ley que consideren que pueda ser contraria a la Constitución, y tal y como ha reiterado siempre la doctrina constitucional, "....la obligación de éstos de plantear esa posible contradicción entre norma legal y texto constitucional al Tribunal Constitucional....". Un requerimiento o mandato funcional dirigido a los Jueces y Tribunales *ordinarios* que sólo puede ser materializado, se insistirá, en los casos en que, como el presente, el *fallo* de la sentencia que deban dictar los órganos de la jurisdicción ordinaria dependa directamente de la norma legal de cuya "validez" constitucional puedan éstos dudar. Y sólo se exige para su planteamiento emitir, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 37.1 de la L.O.T.C., un juicio de los denominados de *relevancia constitucional* que, y como la doctrina constitucional ha también repetido, no tiene como finalidad la realización de un juicio abstracto de constitucionalidad que pueda considerarse desligado o alejado de la resolución del caso concreto, el que se plantea en las actuaciones de la jurisdicción *ordinaria* (v. por todas v. STC 166/2012, FJ 2). Ésta debió ser, en todo caso y desde los parámetros que maneja la sentencia, la acción que se debió adoptar, entiendo, por la Sala. Y su decisión, en la medida en que se aparta de los mandatos constitucionales y legales expuestos, no puede ser compartida por mi parte. Motivo por el que, y dada su indudable trascendencia, respetuosamente y mediante este Voto particular, quiero formalmente expresar formal y públicamente mi discrepancia con la misma.

En Barcelona, a 29 de noviembre de 2022.

Fdo. Gregorio Ruiz Ruiz

## VOTO PARTICULAR

Que formula el Magistrado D. Felipe Soler Ferrer a la sentencia dictada por el Pleno de esta Sala en el recurso de suplicación núm. 1552/2022, al que se adhiere la Ilma. Sra. Amparo Illan Teba.

Con el presente voto particular quiero manifestar mi respetuosa discrepancia con los razonamientos finales que llevaron a la mayoría de la Sala a desestimar en su totalidad el recurso de suplicación interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social contra la sentencia dictada por el Juzgado Social n.º 2 de Mataró, de 20 de diciembre de 2021, en el procedimiento n.º 898/2021, manteniendo el derecho de la demandante al disfrute de 32 semanas de suspensión del contrato y, por ende, de la prestación parental de Seguridad Social.

Debió, a mi juicio, mantenerse el criterio sostenido en nuestra Sentencia previa de 17 de octubre de 2022 (rec. 2958/2022), según la cual "(...) VUITÈ.- Decisió de la sala: estimació en part: De les anteriors reflexions es deriva doncs que la sala assoleix la conclusió de que en el cas de les famílies monoparentals les progenitors (i, en el seu cas, els progenitors) tenen dret a l'acumulació del període de suspensió contractual -i de la corresponent prestació- a la accedeixen els progenitors de les famílies biparentals, la qual cosa ens ha de dur a la desestimació del recurs en la seva pretensió principal. Ara bé, allò que no compartim amb la magistrada d'instància és la plena equiparació de la durada de la referida prestació. I això perquè, com hem indicat en els fonaments jurídics segon i tercer d'aquesta sentència, les primeres sis setmanes -que, recordem, han de ser gaudides per ambdós progenitors en forma continuada i a jornada complerta- tenen una finalitat essencial de protegir la salut de la



*mare que ha donat a llum. Al que caldrà afegir que, per bé que també és cert que l'altre progenitor també té dret a aquest període no és possible aquí la "duplicació" de temps, atès que el gaudi ha de ser conjunt. Doncs bé, en el present cas el naixement tingué lloc, conforme al fet provat primer (amb l'error material abans esmentat) en data 2 de novembre de 2020. Per tant, en aplicació d'allò establert en la DT 13 a 1 d) ET l'altre -fictici- progenitor hauria tingut dret a dotze setmanes, de les quals les quatre primeres haurien d'haver estat gaudides, conjuntament amb l'actora, en forma ininterrompuda després del part. Per tant, l'acreixement de la suspensió i de la prestació no es correspondria amb les dotze setmanes declarades a la sentència, sinó únicament a les vuit resultants de l'hermenèutica exposada. Escau, en conseqüència, estimar en part el recurs de l'INSS únicament als efectes ressenyats".*

Esta hermenéutica también se mantiene por otros Tribunales Superiores de Justicia. Valgan como muestra, entre otras:

- Tribunal Superior de Justicia de Galicia, (Sala de lo Social, Sección 1<sup>a</sup>) Sentencia núm. 2173/2022 de 9 mayo, según la cual "al superponerse necesariamente las seis semanas de descanso obligatorio para la madre biológica tras el parto con las mismas seis semanas de descanso para el otro progenitor también inmediatamente posteriores al nacimiento, dichas seis semanas no pueden en ningún caso trasladarse a un momento de disfrute posterior al concreto momento temporal señalado en dicho precepto. Y es que, al haber sido disfrutadas por el otro progenitor seis semanas inmediatamente posteriores al parto, que coinciden con las seis del progenitor principal, siendo dedicadas ambas al cuidado del menor inmediatamente posterior al parto, la familia monoparental tendrá derecho (lo contrario vendría a suponer un nuevo supuesto de discriminación) a las diez semanas restantes de permiso de nacimiento y cuidado del menor, por ser éstas las que, verdaderamente, no han disfrutado ni la demandante ni el menor por el hecho de ser familia monoparental"

- Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Burgos (Sala de lo Social, Sección 1<sup>a</sup>) Sentencia núm. 361/2022 de 24 mayo, conforme a la cual "la interpretación acorde con los derechos y principios en juego es considerar que la progenitora única que se ocupa del cuidado de la menor tiene derecho a un disfrute del permiso equivalente al que hubiese correspondido de existir el otro progenitor, lo que supone añadir 10 semanas a las 16 ya reconocidas, habida cuenta que las otras seis habrían sido de disfrute simultáneo y conjunto inmediatamente después del parto en el caso de una familia biparental, y que, por tanto, la atribución completa de otras 16 semanas a sumar a las 16 ya reconocidas a la demandante, como se pide en el recurso, conllevaría un tratamiento privilegiado para su familia monoparental en cuanto al tiempo de atención a la niña, que sería de 32 y no de las 26 semanas que hubieran correspondido, como máximo, a una familia con dos progenitores en régimen de alternancia absoluta entre ellos".

- Tribunal Superior de Justicia de País Vasco, (Sala de lo Social, Sección 1<sup>a</sup>) Sentencia núm. 608/2022 de 24 marzo, que expresa: "Procede por tanto entender que tanto los principios y derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral como las evidencias de aplicación de principios de no discriminación por razón de progenitor o de no discriminación por razón de sexo, otorga en advenimiento de la prestación de nacimiento y cuidado de menor que deviene de una familia monoparental la exigencia de declarar 8 semanas adicionales por prestación de nacimiento y cuidado, en este caso de la hija, fijando un derecho idéntico que resulta de la suma de los permisos que corresponden a las familiar biparentales, pues entender lo contrario supondría infringir la normativa internacional detallada que prohíbe la discriminación de la infancia por razón de la condición del progenitor, puesto que si bien es cierto que la vigente LGSS no fija ese permiso en el caso de las familias monoparentales, a diferencia de otras prestaciones en las que si se considera relevante la condición de familia monoparental para determinar la prestación, esa normativa internacional ha de preponderar por razón de lo dispuesto en la CE y en la Ley de Acuerdos y Tratados Internacionales, que da preferencia a esos acuerdos sobre la normativa interna, máxime cuando entendemos que se trata de un supuesto de discriminación directa por razón de sexo, pues la medida excluyente, en principio neutra, tiene una clara mayor incidencia en las madres que en los padres, pues éstas son amplia mayoría en las familias monoparentales".

Cabe recalcar que los tribunales, en su mayoría, no han dudado en reconocer la acumulación de permisos por nacimiento y cuidado del menor a las madres de familias monoparentales. Ahora bien, para nacidos a partir de 2021, en unos casos se concede 32 semanas, es decir, de forma directa la suma de los dos permisos, mientras que en otros solo 26 semanas (que proceden de la suma de 16 semanas de maternidad y 10 de paternidad) debido a que seis son obligatorias inmediatamente después del parto para ambos progenitores.

Nuestra sentencia de Pleno, para acoger la tesis de acumulación íntegra de los dos permisos en familias monoparentales se acoge, finalmente, al argumento del trato desfavorable al menor en función del modelo familiar al que pertenece. Pero esta conclusión parece contraria a la STS /Sala IV, de 5 de julio de 2022 (recurso 906/2019), en la que se declara que, en la actualidad, tras el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, la causa de suspensión es por nacimiento, que comprende el parto y el cuidado de menor de doce meses, y suspende el contrato de trabajo de la madre biológica durante 16 semanas, suspendiendo igualmente por



ese mismo período de tiempo el contrato de trabajo del progenitor distinto de la madre biológica, siendo relevante destacar que *"la legislación vigente relaciona expresamente la suspensión del contrato de trabajo de la madre biológica, concretamente las obligatorias seis semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto con la protección de la salud de la madre. Y relaciona expresamente la suspensión del contrato de trabajo del progenitor distinto a la madre biológica, concretamente asimismo las seis semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto con el cumplimiento de los deberes de cuidado previstos en el artículo 68 del Código Civil"*, precepto éste que establece, en lo que aquí importa, que los cónyuges deben compartir las responsabilidades de atención y cuidado de los descendientes.

De lo que se colegiría, a mi entender, que el Alto Tribunal, en interpretación literal y finalista del art. 48.4 ET, relaciona expresamente, respecto de la madre biológica, las primeras seis semanas ininterrumpidas posteriores al parto con la protección de la salud de la madre. En otras palabras, el art. 48.4 ET, respecto de la madre biológica, vincula esas seis primeras semanas con la "cuarentena" o puerperio, como un periodo fundamental para la recuperación de la salud después del parto, que dura unas seis semanas aproximadamente, y se inicia inmediatamente después del parto. Durante este periodo de tiempo, el cuerpo se recuperará y regresará normalmente al estado natural que tenía antes del embarazo. Esta etapa también servirá a la madre para aprender a amamantar, cuidar de cerca a su bebé y fortalecer aún más el vínculo entre ambos, y para acostumbrarse a su nueva etapa vital. Por tal razón el art. 48.4 ET "impone" la obligatoriedad de las seis semanas

ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto, pues no en vano las vincula expresamente a la protección de la salud de la madre. De ahí que me parezca acertada la tesis recogida en la precitada STSJ Galicia cuando concluye que esas seis primeras semanas *"no pueden en ningún caso trasladarse a un momento de disfrute posterior al concreto momento temporal señalado en dicho precepto"*.

Por otra parte, el fundamento jurídico quinto de la sentencia mayoritaria menciona la STS/Sala IV de 6 de febrero de 2014, dictada en casación 245/2012, afirmativa de que *«la cláusula general del interés superior del menor, contenida en la legislación, no permite al juez alcanzar cualquier resultado en la aplicación de la misma, sino que su aplicación ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma»*, para concluir seguidamente que dicho principio (interés superior del menor) ha de servir para la interpretación de las normas ahora examinadas referentes a un permiso y una prestación configuradas para garantizar la atención y cuidado del menor.

Pero con esta conclusión parece no tenerse en cuenta que el Alto Tribunal matiza que tal interés superior del menor no permitiría alcanzar cualquier resultado en la interpretación de la norma que pudiera contrariar lo expresamente previsto en ella. Y en tal sentido, el art. 48.4 ET, en su interpretación literal y teleológica, no deja margen a la duda sobre el momento de disfrute de las seis primeras semanas de descanso tras el parto, no trasladables según mi criterio a otro momento temporal.

Por último, de la fundamentación de la sentencia mayoritaria parece deducirse que la acumulación íntegra de los permisos parentales (32 semanas) sería también de aplicación a los supuestos contemplados en los puntos 5 y 6 del art. 48 ET. Me centraré exclusivamente en el punto 5, cuyo párr. 1º establece que *"En los supuestos de adopción, de guarda con fines de adopción y de acogimiento, de acuerdo con el artículo 45.1.d), la suspensión tendrá una duración de diecisésis semanas para cada adoptante, guardador o acogedor. Seis semanas deberán disfrutarse a jornada completa de forma obligatoria e ininterrumpida inmediatamente después de la resolución judicial por la que se constituye la adopción o bien de la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento"*. Traigo este precepto a colación porque la solución que propongo (acumulación limitada a 26 semanas) se cohonesta mejor con los supuestos contemplados en este apartado, en que no hay, obviamente, mención a la protección de la salud de la madre (o padre) adoptivo monoparental, y reforzaría la tesis de imposibilidad de trasladar las seis primeras de disfrute obligatorio e ininterrumpido y a tiempo completo para cada adoptante, acogedor o guardador desde la resolución judicial o administrativa a un momento temporal distinto del señalado en la norma. Y ello por mucho que la realidad social demuestre que, en bastantes casos, la adopción (acogimiento o guarda) no es un "camino de rosas", por las dificultades de integración del menor en el nuevo núcleo familiar por diversas causas, o por las dudas y temores de los padres, registrando ya la ciencia médica supuestos no infrecuentes de ansiedad o depresión post adopción, derivados sobre todo de no haber respondido la adopción (acogimiento o guarda) a las expectativas creadas. Pero el art. 48.5 ET no se relaciona, ni directa ni indirectamente, con la protección de la salud del adoptante, acogedor o guardador, sea monoparental o biparental. Faltando aquí el elemento de protección de la salud de la madre, no parecería a mi juicio acertada en estos casos la acumulación íntegra de los dos períodos. Lo que no supondría un trato desigual respecto de la filiación biológica monoparental, pues no son supuestos iguales, que el art. 48 ET ubica geográficamente en apartados distintos, por lo que no reclamarían iguales consecuencias jurídicas.

Por último, señalaré que el pasado mes de marzo el Congreso de los Diputados respaldó por

una amplísima mayoría del hemiciclo (323 votos a favor y dos abstenciones) la toma en consideración de la proposición de ley del grupo parlamentario popular para ampliar a 26 semanas los permisos por nacimiento y adopción de las familias monoparentales.

En suma, consideró que debió mantenerse la línea marcada por nuestra previa sentencia de 17 de octubre de 2022, para evitar dispensar un tratamiento privilegiado a las familias monoparentales respecto de las biparentales.

En este sentido entiendo que debió pronunciarse la Sentencia mayoritaria, a la que formulo respetuosamente este voto particular, que deberá ser unido a la resolución de que discrepo e incorporado al Libro de Sentencias de esta Sala y notificado a las partes tal como previenen los arts.

260 y 265 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En Barcelona, a 29 de noviembre de 2022.

Fdo. Felipe Soler Ferrer

**Publicación.** - La anterior sentencia ha sido leída y publicada por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente, de lo que doy fe.