

**Las familias monoparentales tienen derecho a un permiso por nacimiento de 26 semanas: la construcción judicial que alcanza hasta donde el legislador no llega.**

**Inmaculada Ballester Pastor**

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Jaume I de Castellón.*

**Resumen:** *Las familias monoparentales no son tenidas en cuenta en el art. 48.4º TRET porque el permiso por nacimiento y cuidado de hijos es de titularidad individual e intransferible, lo que hace que las familias con dos progenitores puedan acceder a, hasta 32 semanas de prestación, mientras que a las familias monoparentales sólo se les reconocerían 16 semanas. El presente pronunciamiento va más allá de este precepto reconociendo el derecho de una familia monoparental a un permiso por nacimiento de 26 semanas.*

**Palabras clave:** *Discriminación. Conciliación. Maternidad. Paternidad. Permiso por nacimiento.*

**Abstract:** *Monoparental families are not taken into account in art. 48.4º TRET because the leave for birth and care of children is of individual and non-transferable ownership, which means that families with two parents can access up to 32 weeks of benefit, while single-parent families would only be recognized 16 weeks. This pronouncement goes beyond this precept by recognizing the right of a single mother family to a 26-week birth leave.*

**Keywords:** *Discrimination. Conciliation. Maternity. Paternity. Birth leave.*

---

### I. Introducción

Las familias monoparentales, integradas casi completamente por mujeres, es un colectivo obviado por las normas actuales y el art. 48.4º TRET, en su nueva redacción tras el RDL 6/2019, ha seguido esta misma línea, dado que este precepto se ha trazado desde la construcción de la familia clásica y biparental, sin aludir a las especiales requerimientos de est@s progenitoras. La Sentencia que es objeto de comentario va más allá de la literalidad del precepto y sostiene que el art. 48.4º TRET -que se aplica irremediamente sobre el art. 177 TRLGSS- debe respetar la obligación de proteger el interés del menor contenida en Tratados y Normas internacionales de obligado cumplimiento en nuestro país, como la Convención de los Derechos del Niño y conculca el art. 14 CE, dado que genera un trato peyorativo en estas familias, comparadas con las familias con dos progenitores. Por ello, debe reconocerse a las familias monoparentales una ampliación del permiso por nacimiento y cuidado de niños y debe concederse, asimismo, la correlativa prestación de seguridad social a estas familias durante 26 semanas, que es el tiempo durante el que se prolongaría este mismo permiso en el caso que existan dos progenitores,

excluyendo, de las 32 semanas que sumaría cada progenitor, las seis primeras semanas en las que el disfrute de la prestación es obligatorio y simultáneo por ambos.

## **II. Identificación de la resolución judicial comentada**

**Tipo de resolución judicial:** sentencia.

**Órgano judicial:** Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Burgos. Sala de lo Social.

**Número de resolución judicial y fecha:** Sentencia núm 541/2022, de 21 de julio.

**Tipo y número recurso:** Recurso de suplicación núm. 446/2022.

**ECLI:ES:TSJCL:2022:3242.**

**Fuente:** CENDOJ.

**Ponente:** Ilmo. Sr. D. Carlos Martínez Toral.

**Votos Particulares:** carece.

## **III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes**

Cristina tiene una hija en el seno de una familia monoparental, solicita la prestación por nacimiento y cuidado de hijos y se le reconocen 16 semanas de permiso, extendiéndose sus efectos económicos hasta el 5 de enero de 2022. Posteriormente, con fecha de 16 de noviembre de 2021, Cristina solicita ampliar dicho permiso hasta las 32 semanas, en igualdad de condiciones a como se reconoce este permiso a las familias -biparentales-, en el entendimiento de que la estructura familiar no puede suponer discriminación alguna para la menor, nacida en el seno de una familia con una sola progenitora.

La reclamación de la actora es desestimada por la Entidad Gestora por Resolución de 29 de diciembre de 2021, en virtud de lo señalado en el art. 48.4º del Estatuto de los Trabajadores, precepto que reconoce el derecho a la suspensión del contrato de trabajo para la madre biológica durante 16 semanas y un derecho añadido para el progenitor distinto de la madre biológica, durante 16 semanas más, puesto que este derecho es individual de la persona trabajadora, sin que pueda transferirse su ejercicio al otro progenitor. La legislación actual no contempla la posibilidad de acumular los períodos de descanso por nacimiento de los dos progenitores, en el caso de que exista un solo progenitor, y el subsidio por maternidad -el de la madre biológica- no puede acumularse al subsidio por paternidad -el del otro progenitor distinto de la madre biológica-.

Cristina interpone, entonces, demanda frente al INSS ante el Juzgado de lo Social nº 2 de Burgos, demanda que es nuevamente desestimada por Sentencia de 21 de febrero de 2022, en autos nº 58/2022.

Frente a tal Sentencia, la parte actora recurre en suplicación denunciando la infracción de los arts. 177 TRLGSS, 1,3,8,10,14 y 44 LO 3/2007; el art.2,12 y 18 del RDL 6/2019, así como su art. 3º; en términos generales el art. 3º del RD 295/2009; en términos globales la Ley 3/2005, de protección de la infancia y adolescencia; los arts. 2,3 y 26 de la Convención de los Derechos del niño; la Resolución del Parlamento europeo de 13 de septiembre de 2016; la Directiva 96/34; la Directiva 2010/18, cláusula 1; el art. 3 del Tratado de la UE; los arts. 20, 21, 23, 24, 33 y 34 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE; los arts. 10, 14 y 39 CE; el art. 4.2º c) ET; y arts. 3 y 4 del Código Civil. Igualmente, de la Sentencia del Tribunal Constitucional 276/2011, de 14 de marzo de 2011 y la Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo (Sentencias del Pleno de 25-10-2016, recurso 3818/15, 16-11-2016, recurso 3146/14 y 14-12-2017, recurso 2859/16).

#### IV. Posición de las partes

La recurrente, madre y única progenitora de una familia monoparental, solicita ampliar su permiso de 16 semanas por maternidad hasta las 32 semanas, en igualdad de condiciones con las familias biparentales. Se argumenta, para ello, que así lo impone el superior interés de la menor y que el régimen legislativo actual es discriminatorio por indiferenciación, pues supone, en definitiva, un desvalor en el cuidado que se proporciona a los hijos de las familias monoparentales respecto de las biparentales.

#### V. Normativa aplicable al caso

**Art. 48 TRET. Suspensión con reserva de puesto de trabajo. 4º.** *El nacimiento, que comprende el parto y el cuidado de menor de doce meses, suspenderá el contrato de trabajo 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. 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 inmediatamente 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. (...) Este derecho es individual de la persona trabajadora sin que pueda transferirse su ejercicio al otro progenitor.*

**Artículo 177 TRLGSS. Situaciones protegidas.** *A efectos de la prestación por nacimiento y cuidado de menor prevista en esta sección, se consideran situaciones protegidas el nacimiento, la adopción, la guarda con fines de adopción y el acogimiento familiar, de conformidad con el Código Civil) o las leyes civiles de las comunidades autónomas que lo regulen, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año, 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.*

#### VI. Doctrina básica

La solución al presente conflicto -que concede la ampliación del permiso postulada por la actora- deriva de una aplicación integradora del ordenamiento jurídico que considera, además del texto de la norma, disposiciones legales de alcance constitucional y supranacional, dando respuesta a una laguna legal, un supuesto que la legislación no contempla, pero que tampoco excluye ni tampoco cierra. Para ello, el Juez somete la petición a un juicio de adecuación a los principios de protección de la familia y del menor (art. 39º CE) y al principio de no discriminación (art. 14º CE), principios éstos que son los que -sostiene el Juez- han de inspirar cualquier interpretación de esta materia.

Se llega, para ello, lo primero, a la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 2016<sup>[1]</sup> y a la Sentencia del TJUE de 18 de marzo de 2014 C-176/12, donde consta la doble finalidad a la que responde el permiso por paternidad -actual permiso por nacimiento y cuidado de hijos-, y que es *atender a la recuperación, seguridad salud de la madre, y, por otro, la protección de las especiales relaciones entre la madre y su hijo durante el período posterior al nacimiento del menor; (...) evitando (así) la acumulación de cargas que deriva del ejercicio simultáneo de una actividad profesional que perturbe dichas relaciones.* Como reconoce el Juez, la aplicación del permiso de maternidad está, por tanto, directamente vinculada a dos intereses en juego: el de la madre y el del menor. Y la protección de este último es también el objetivo del permiso que se otorga al progenitor distinto de la madre biológica, destinado, según el art. 48.4º TRET, al *cumplimiento de los deberes de cuidado previstos en el art. 68 del Código Civil.*

Pero, además, se acude a los Tratados y Acuerdos internacionales ratificados por España, pues tales normas forman parte de nuestro ordenamiento jurídico -ex. art. 96 de la CE-, resultan directamente aplicables -art. 1.5 CC- y las normas se deben interpretar conforme a ellos -art. 10.2 CE-, lo que permite configurar el sentido y alcance de los derechos que recoge la Constitución -STC 38/1981-. Asimismo, como establece el art. 31º de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, sobre Tratados y Acuerdos Internacionales, *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*. E, igualmente, nuestra jurisprudencia ha señalado que los Tratados y Acuerdos internacionales *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).

Así las cosas, se asigna tal eficacia a la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, en cuyo artículo 3.1 se dispone que *en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos* (han de prestar, sic), *una consideración primordial a que se atenderá el interés superior del niño*. Y también se refiere al interés superior del niño el artículo 24.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, según el cual, *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*.

Y, aún más, el interés superior del menor aparece también en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, en cuyo art. 2.1º se puede leer 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. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir*, hasta el punto de que, conforme al apartado 4 del mismo artículo, *en caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes, pero en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir*.

En esencia, el interés del menor se configura, en virtud de las disposiciones citadas, como un principio general que sirve como canon interpretativo del ordenamiento jurídico nacional y de las normas en materia de protección de la maternidad y paternidad, normas que<sup>[2]</sup> deben ser interpretadas a la luz de tal principio, conforme a lo establecido en el art. 39.2 de la CE, dado que tal precepto señala que *los poderes públicos aseguran (...) la protección integral de los hijos*. Así se hace en la Sentencia de 16 de noviembre de 2016<sup>[3]</sup>, pronunciamiento donde recuerda la Sala 4ª del Tribunal Supremo, que, aunque *el interés superior del menor no puede erigirse en principio a partir del cual los órganos jurisdiccionales alteren el contenido de las normas y eludan la sujeción al ordenamiento jurídico* (art. 9.1 CE), *sí constituye un canon interpretativo de relevancia cuando debemos aplicar normas que lo han querido tener presente* y así se ha hecho en relación a la protección que la Seguridad Social dispensa a la maternidad, en cuyo ámbito deben tenerse en cuenta los principios que proporciona el art. 39 CE y que han de presidir la interpretación de las leyes vigentes (art. 53.3 CE): *procurar la protección social de la familia, la protección integral de los hijos y velar por los derechos de los niños*<sup>[4]</sup>.

En otro orden de cosas -continúa añadiendo el Juez- el art. 14 CE prohíbe las *desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en*

*critérios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados. También es necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, 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*<sup>[5]</sup>.

En resumen, *el principio de igualdad, 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*; dicho de otro modo, el principio genérico de igualdad, exigencia derivada de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución, de los artículos 2 y 3.2 del Tratado de la Unión Europea, y de los artículos 21 y 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea *no postula ni como fin ni como medio la paridad pero sí exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato*. En el mismo art. 14, la CE contempla la prohibición de discriminación, principio inspirador de la aplicación e interpretación del ordenamiento jurídico<sup>[6]</sup> vinculado a factores de diferenciación considerados especialmente odiosos, entre los que se encuentran el nacimiento y cualquier otra condición personal o social del individuo. Y señala al respecto la STC 173/1994 que *la conducta discriminatoria se cualifica por el resultado peyorativo para el sujeto que la sufre, que ve limitados sus derechos o sus legítimas expectativas por la concurrencia en él de un factor cuya virtualidad justificativa ha sido expresamente descartada por la Constitución, por su carácter atentatorio a la dignidad del ser humano (art. 10.1 CE)*.

En este contexto normativo y jurisprudencial -continúa el Juez en el Fundamento Jurídico Tercero- fácilmente se puede colegir que, como ya hemos advertido, el art. 48 del ET no contempla la realidad de las familias monoparentales, sino que parte de una situación en la que ambos progenitores contribuyen al cuidado del menor en un periodo común inicial de seis semanas, también destinado a la recuperación de la madre, y otro posterior a disfrutar antes de que el hijo o hija cumpla doce meses, ya sea de forma acumulada o interrumpida. Ello supone que, sumado todo el tiempo que corresponde a ambos progenitores y considerando que existe un periodo de seis semanas común a ambos, el especial cuidado de la persona recién nacida que supone la suspensión del contrato de trabajo puede alcanzar las 26 semanas, ya sean continuas o intermitentes. Pero no es esto lo que ocurre cuando la menor nace en una familia monoparental: en este caso, la protección de la Seguridad Social para su cuidado solo alcanza las 16 semanas que corresponden a la progenitora única.

El diferente efecto protector derivado de la dualidad que acabamos de exponer redundante claramente en un trato diferenciado en perjuicio de quien nace en la familia monoparental, que, teniendo las mismas necesidades que el nacido en la biparental, recibe un cuidado subsidiado objetivamente inferior en cuanto a su duración y calidad, pues se le priva del estrecho contacto paterno/materno - filial que conlleva el plus de suspensión de la relación laboral que rige cuando hay dos progenitores respecto de la situación en que solo existe uno, afectando, además, a la conciliación de la vida familiar y laboral de éste último, la cual aparece *como canon imprescindible a la hora de aquilatar el alcance de derechos legalmente conferidos a partir de la existencia de un menor*, según señala el Tribunal Supremo<sup>[7]</sup>, Tribunal que advierte<sup>[8]</sup> que la prestación por maternidad es una institución regulada *evitando que la acumulación de cargas que deriva del ejercicio simultáneo de una actividad profesional perturbe dichas relaciones*.

No hay, por otra parte, una justificación objetiva a esta diferencia de trato. 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 el criterio interpretativo al que nos hemos referido en el fundamento de derecho 1º, sino también dar efectos jurídicos a un trato discriminatorio por razón del nacimiento y de la condición personal y familiar del recién nacido, en vulneración del art. 2 de la Convención de Derechos del Niño, según el cual *todos los derechos deben ser*

*aplicados a todos los niños sin excepción alguna y es obligación del Estado tomar las medidas necesarias para protegerle de toda forma de discriminación.*

## **VII. Pasajes decisivos**

Así las cosas, se concluye, 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, 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.

La solución que acabamos de exponer al conflicto planteado deriva de una aplicación integradora del ordenamiento jurídico que permite considerar, además del texto de la norma ordinaria, las disposiciones de alcance constitucional y supranacional precitadas. Estamos 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 ( art. 39 CE) y no discriminación ( art. 14 CE), que han de inspirar cualquier interpretación en esta materia.

En igual sentido se pronuncian las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 6 de octubre de 2020, citada en el escrito de formalización, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 16 de marzo de 2022<sup>[9]</sup>, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Galicia de 8 de marzo de 2022<sup>[10]</sup> y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 27 de diciembre de 2021<sup>[11]</sup>.

## **VIII. Parte dispositiva**

En virtud de ello, el recurso es estimado siendo responsabilidad del INSS-TGSS el abono de las prestaciones oportunas, conforme a los arts. 177 y ss. LGSS.

## **IX. Comentario**

La reforma del art. 48.4º TRET llevada a cabo por el Real decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, ha ampliado hasta las 16 semanas el derecho a la suspensión del contrato de trabajo por razón de nacimiento y cuidado de hijos y la duración de la prestación por maternidad/paternidad conexas a éste -ex. art. 177 y ss. TRLGSS-; y lo ha hecho asignando un derecho de 16 semanas que se reconoce individualmente para cada progenitor. Por este motivo, cuando el hijo nace -o es adoptado- y el contrato de trabajo de cada progenitor se suspende, se accede a una correlativa prestación de seguridad social que cubre el 100% de la base reguladora y, cada familia, puede resultar beneficiaria de esta suspensión y de una prestación de seguridad social que concede rentas sustitutivas del salario a la pareja, durante, como máximo, 32 semanas.

Pero la norma actual, una de las más progresistas en los países de nuestro entorno, no sólo ha incrementado la duración del permiso por nacimiento y cuidado, duplicándola, sino que lo ha hecho distribuyendo, también, dichas responsabilidades de crianza entre los dos progenitores, prohibiendo la transferencia de los derechos generados individualmente y corresponsabilizando a los dos miembros de la pareja - una solución que permite cambiar el rumbo de las normas de protección a la familia, evitando que el cuidado no penalice, al tiempo, únicamente, a las mujeres-cuidadoras; esta operación -indiscutiblemente- sólo podía hacerse pensando en familias biparentales.

Dicha regulación, aplicada sobre las familias monoparentales, supone que estas familias sólo disponen, como máximo, de las 16 semanas que se asignan individualmente a quien ocupa ese papel de progenitor@ única. Y ello, a pesar de que estas familias han de desarrollar las mismas labores de crianza, incluso con más dificultad, que las familias formadas por dos miembros pues, obviamente, hay menos cuidadores disponibles que deben conciliar, lo que redundaría y afecta al derecho de conciliación. Tal desigualdad, que es evidente, ha dado lugar a numerosas peticiones de madres de familias monoparentales solicitando una ampliación de sus permisos, hasta equipararlos a los de las familias biparentales.

El presente pronunciamiento da respuesta a una de estas últimas demandas<sup>[12]</sup>, en el que sí se concede a una madre de una familia monoparental el derecho a disfrutar de 26 semanas de permiso, en total. El pronunciamiento que aquí se analiza aboga - como ya hiciera la Sentencia del TSJ de País Vasco de 6 de octubre de 2020 y otras muchas después<sup>[13]</sup> por incrementar el permiso por nacimiento de las familias compuestas por un solo integrante, colocando al interés del menor y a la familia, como el bien superior que hay que proteger. Al tiempo, se matiza que esta ampliación del permiso por nacimiento y cuidado que correspondería a las familias mono(p)parentales solamente puede alcanzar, en total, a 26 semanas. Ello se debe a que, al haberse regulado que las seis primeras semanas del permiso son de disfrute simultáneo y obligatorio para ambos progenitores, conceder 32 semanas significaría aumentar los días dedicados a la crianza y privilegiar, de este modo, a las familias monoparentales frente a las biparentales<sup>[14]</sup>.

Este pronunciamiento recoge e incorpora algunos de los argumentos de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 6 de octubre de 2020, añadiendo alguno más a los que fueron alegados por aquella y centrándose en la necesidad de incorporar en nuestro ordenamiento los mandatos contenidos en los Tratados y Acuerdos internacionales ratificados por España como son la Convención de los Derechos del Niño, a la que se añade, ahora, el art. 24º de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión europea, según el cual en todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés del menor constituirá una consideración primordial. Igualmente, incorpora, también, el Juez a quo, la referencia a otras normas internas, como la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, en apoyo de la misma argumentación, que tiene que ver con el hecho de que el interés del menor es un principio básico de aplicación en cualquier medida o decisión que afecte a las y los menores<sup>[15]</sup>.

Además, sobre todo, este pronunciamiento insiste en la vulneración del art. 14 de la CE, comparando la diferente visión de la protección de los menores que nacen en familias monoparentales o biparentales que ofrece el art. 48.4º TRET, sin que se ofrezca ningún factor o circunstancia que dote de una justificación objetiva y razonable a la diferencia apuntada<sup>[16]</sup>.

A todo lo anterior se han añadido, también, en otros pronunciamientos, otras razones que apoyan la concesión de la prolongación a 26 semanas del permiso por nacimiento en las familias monoparentales: como el hecho de que la misma Entidad Gestora haya ya reconocido a las familias monoparentales dos semanas adicionales de permiso retribuido por nacimiento con discapacidad, o en caso de parto, adopción o acogimiento múltiple, dispensando, así, la propia Entidad Gestora, la misma cobertura a ambos modelos de familia<sup>[17]</sup>.

## **X. Apunte final**

Actualmente las familias monomarentales<sup>[18]</sup> siguen sin tener garantizada la ampliación de la prestación por nacimiento y cuidado de hijos pues las mismas continúan siendo denegadas sistemáticamente por el INSS y, como hemos visto, la judicialización de tales demandas ha ocasionado una abundante y sostenida doctrina judicial contradictoria que ha dado lugar a un nocivo y correlativo desconcierto que es

el que padecen actualmente los posibles beneficiari@s, algo que debe solventarse más pronto que tarde<sup>[19]</sup>. Urge, por ello, un pronunciamiento del Tribunal Supremo a través de un recurso de unificación de doctrina o -mejor aún- una reforma legal que ya se atisba en el horizonte y que parece que podría contemplar la ampliación de este permiso hasta las 26 semanas.

---

## Referencias:

1. ^ N° rec. 3146/2014.
2. ^ Como ha señalado el Tribunal Supremo, en sus Sentencias de 25 de octubre de 2016, n° rec. 3818/2015; de 16 de noviembre de 2016, n° rec. 3146/2014, y en la Sentencia del Alto Tribunal de 14 de diciembre de 2017, n° rec. 2859/2016
3. ^ N° rec. 3146/2014.
4. ^ En este pronunciamiento el Tribunal Supremo reconoce la prestación por maternidad a una trabajadora que es madre por gestación subrogada en aplicación del artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, que invoca el interés superior del menor, cuyo respeto ha de guiar cualquier decisión que les afecte, y de los artículos 14 y 39.2 de la Constitución, puesto que de no otorgarse la protección por maternidad se produciría una discriminación en el trato dispensado al hijo por razón de su filiación.
5. ^ Tal como reconocen, entre otras, la Sentencia del Tribunal Constitucional 119/2002, de 20 de mayo, y la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2012, n° rec. 147/2011.
6. ^ STC 93/2013, de 23 de abril.
7. ^ En su Sentencia de 25 de octubre de 2016, n° rec. 3818/2015.
8. ^ Con cita de Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de marzo de 2014, C-167/1.
9. ^ N° rec. 6097/2021.
10. ^ N° rec. 5795/2021.
11. ^ N° rec. rec. 846/2021.
12. ^ En el momento de escribir estas líneas, en el buscador de jurisprudencia del poder judicial aparecen publicadas un total de 24 Sentencias -de Juzgados de lo Social y de Tribunales Superiores de Justicia de diferentes Comunidades Autónomas- que conceden, o no, la ampliación del permiso a las madres de familias monoparentales, previa su solicitud. 17 de ellas se pronuncian positivamente y 7 deniegan la petición.
13. ^ Muy sintéticamente, los pronunciamientos siguen dos líneas argumentales principales que justifican la concesión o la denegación de la ampliación del permiso solicitada. La línea de la que fuera pionera, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sala de lo Social) de 6 de octubre de 2020, n° recurso 941/2020, ECLI:ES:TSJPV:2020:396, que marca el camino de muchas que vienen después, entre las que se encuentra la que aquí se comenta, y la línea que aboga por la solución contraria, sustentada por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Social) de 19 de octubre de 2021, n° recurso 1563/2021, ECLI:ES:TSJCV:2021:4451. Mientras que las Sentencias que otorgan el permiso por nacimiento y cuidado de hijos -como la que comentamos- solventan la laguna legal

acudiendo a la necesidad de cumplir el tenor de los Tratados y normas internacionales a los que las normas estatales quedan sometidas, entendiendo que los Tribunales deben satisfacer el interés del menor en la aplicación de las normas, concluyendo, también, que existe un trato discriminatorio entre los menores nacidos en familias monomarentales y biparentales, las Sentencias que niegan el derecho al permiso por nacimiento y cuidado de hijos atienden a razones que tienen que ver con la estricta literalidad de la norma y afectan a la configuración de la prestación por nacimiento y cuidado de hijos -arts 177 y ss- como una prestación contributiva, a la que se accede tras el cumplimiento de estrictas condiciones de afiliación, alta y cotización, que han de respetarse por cada causante para resultar beneficiario, en los términos que la propia norma define.

14. <sup>^</sup> Las reformas legislativas proyectadas de las que se tiene conocimiento en octubre de 2022 -de aprobarse- también ampliarían el permiso por nacimiento de las familias monoparentales hasta las 26 semanas, acogiendo claramente esta justificación.
15. <sup>^</sup> Vid, en este mismo sentido, la STSJ (Sala de lo Social) de Madrid, de 8 de julio de 2022, nº recurso: 217/2022, ECLI:ES:TSJM:2022:8946. Además, las Sentencias del TSJ (Sala de lo Social) de A Coruña, de 28 de enero de 2022 y de 30 de marzo de 2022, nº rec. 3176/2021, ECLI:ES:TSJGAL: 2022:971 y nº rec. 837/2022, ECLI:ES:TS:TSJGAL:2022:2655 insisten en que limitar el derecho de las familias monoparentales provoca conculcación de varios derechos protegidos constitucionalmente: en primer lugar, la necesaria protección del menor, que, dependiendo de la clase de familia, podría encontrarse con cierta desprotección social, ya que mientras si cuenta con dos progenitores estos podrían dedicarse a su cuidado varias semanas más que las que le corresponderían si se tratara de una familia monoparental; y, en segundo lugar, la decisión de la Administración supone una evidente discriminación por circunstancias familiares (y, en su caso podría suponer una flagrante discriminación indirecta por razón de género, carente de una justificación objetiva y razonable, suponiendo, además, un menoscabo para la efectiva conciliación de la vida familiar y laboral del progenitor individual, debiendo tenerse presente también la Directiva 2019/1158/UE, de 20 de julio, sobre conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores -Directiva que ha debía haberse traspuesto en nuestro país como fecha tope el 2 de agosto de 2022-. Insistiendo en esto mismo, la Sentencia del TSJ (Sala de lo Social) de Cantabria, de 29 de abril de 2022, nº rec. 257/2022, ECLI:ES:TSJCANT;2022:388 habla de la necesidad de los órganos judiciales de integrar la perspectiva de la infancia en sus decisiones señalando que: (...) cuando las decisiones judiciales tienen impacto directo o indirecto en un niño, los órganos judiciales estamos obligados a integrar la perspectiva de infancia en nuestras decisiones y más especialmente el principio general del “interés superior del menor” como criterio hermenéutico derivado del art. 3.1º de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.
16. <sup>^</sup> La STSJ de Madrid de 8 de julio de 2022, nº recurso 217/20222 -pronunciamiento que resulta interesante porque reproduce y sintetiza los argumentos que se han sostenido y que sirven para conceder o denegar la ampliación del permiso por nacimiento de las familias monoparentales- que viene a decir que: (...) ni la sentencia de instancia ni la parte recurrida esgrimen ningún factor o circunstancia que dote de una justificación objetiva y razonable de la diferencia apuntada limitándose a exponer

*argumentos de legalidad ordinaria relacionados con la configuración individual e intransferible del permiso y de la prestación (...).*

17. *^ Así, en la STSJ Madrid de 8 de julio de 2022, nº recurso 217/2022, entre otras, se trae a colación el Criterio de Gestión del INSS de 5 de agosto de 2019 que ha reconocido este derecho a las familias monoparentales.*
18. *^ Este colectivo alcanza actualmente a más del 10% de los hogares españoles y ha crecido en torno a un 24,5% desde 2016, algo que no ha ocurrido con ningún otro modelo familiar. Vid, las cifras completas en: Familias monoparentales en España, disponible en: [www.familiasmonomarentales.es](http://www.familiasmonomarentales.es) , fecha de consulta, 15 de octubre de 2022.*
19. *^ Sin olvidar que nuestro país tiene pendiente, también, trasponer la Directiva 2019/1158/UE, de 20 de julio, sobre conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores dado que el plazo acabó el pasado 2 de agosto de 2022.*