



**CÁTEDRA IGUALDAD DE
GÉNERO Y DIVERSIDAD**
CLARA CAMPOAMOR

11 de abril de 2023

HOJA DE ACTUALIDAD “CLARA CAMPOAMOR”

“LA ACUMULACIÓN DE PERMISOS POR NACIMIENTO EN FAMILIAS MONOMARENTALES Y LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DEL 2 DE MARZO DE 2023: ¿Y AHORA QUÉ?”

Milena Bogoni

Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Facultad de RR.LL. y RR.HH. de Albacete
Universidad de Castilla – La Mancha

El 8 de marzo de 2023, fecha sin duda emblemática y significativa, se hizo público el contenido de la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 16/2023 del 2 de marzo que puso fin – en sentido desestimatorio y con un voto particular muy interesante – al largo debate jurisprudencial que, desde el año 2020, había estado recorrido los tribunales inferiores del entera península. La STSJ de País Vasco del 6 de octubre de 2020, concretamente, es la Sentencia objeto del recurso de casación por unificación de doctrina y es, también, la primera sentencia que resolvió la cuestión de la acumulación, en sentido favorable, después de una valoración desestimatoria del Tribunal en primera instancia. Esta Sentencia es, por tanto, muy importante ya que marca la línea de la argumentación que, esencialmente, seguirán casi la totalidad de demandas que se plantearon a partir de ese momento y que representa, por tanto, el núcleo esencial tratado y desarrollado por la jurisprudencia en esta materia a lo largo de estos años.

Desde el año 2020, en efecto, se presentan casi un centenar de demandas, teniendo en cuenta los últimos datos analizados, y todas tienen en común la dinámica de los hechos: una madre, cabeza de familia monomarental, solicitando, en ocasión del nacimiento de su hijo o hija, la acumulación de las semanas correspondientes a su permiso de maternidad con las semanas derivadas del disfrute del permiso de paternidad, al no haber otro progenitor que las pueda, legalmente, solicitar como tales. La respuesta a esta solicitud, generalmente, por parte de los organismos públicos correspondiente – el

INSS en el caso de la STSJ del País Vasco del 6 de octubre de 2020 – es la denegación al no encontrarse la madre trabajadora, solicitante de la acumulación, en ninguna de las situaciones protegidas y tratarse de un permiso de carácter intransferible, a uso y disfrute exclusivo del otro progenitor. Básicamente, por el simple hecho de no encajar en el molde tradicional de una familia biparental, el permiso de cuidado para el otro progenitor carecería de sentido y quedaba anulada toda opción de aplicación. De ahí la necesidad, para estas familias, de recurrir a los Tribunales, pidiendo tutela atisbando en esto elementos de discriminación.

Estas demandas nacen, por tanto, de una consideración muy interesante, a tener en cuenta cuando se estudia el contenido de la STS 169/2023 del 2 de marzo de 2023, y que tiene que ver, por un lado, con la falta (aún hoy) de una regulación legal específica del permiso por nacimiento para el supuesto de las familias monomarentales y, por otro lado, con la recién estrenada intransferibilidad del permiso de paternidad que, según los organismos públicos encargados de su reconocimiento y financiación, bloquearía posibles interpretaciones extensivas en la titularidad del sujeto beneficiario de su disfrute. Sobre la ausencia de una previsión expresa, por parte del legislador, de una acumulación en supuestos de familias monomarentales volveremos en breve ya que (adelantamos) constituye el eje central sobre el cual se construye la STS 169/2023 del 2 de marzo de 2023. Sin embargo, la cuestión de la intransferibilidad de los permisos como razón objetiva y motivadora de la negativa del Tribunal de Primera Instancia, amplifica un debate, jurídico y social mucho más trascendente que se origina, a raíz de la previsión por el Real Decreto-Ley 6/2019 que modifica el régimen anterior, con la finalidad de incidir de manera más tajante hacia el reparto corresponsable de los cuidados entre hombres y mujeres.

Sin la intención de profundizar en este debate más amplio que abarca más modelos de familias¹, es evidente, sin embargo, que su finalidad y su razón de ser desaparecen en tipologías de familias como las monomarentales y su “rigidez dispositiva” agranda, si cabe, la complejidad de la conciliación que se experimenta en una familia de estas características. La ausencia de otro progenitor no sólo hace imprescindible el empleo (y el salario) de la única persona adulta responsable del núcleo familiar, sino que hace indispensable que el espacio dedicado a las labores de cuidado (y domésticas), también centralizadas en una única persona, sea garantizado y protegido ya que de la sincronización perfecta de estas diferentes esferas vitales depende la cotidiana existencia de los niños y niñas que en estas familias crecen, así como la calidad de su desarrollo. Sólo un trabajo protegido, dotados de derechos y salario digno, alejado de la precariedad y los chantajes, en el que las labores de cuidados de la madre progenitora encuentren cabida sin hostilidades, garantizaría un equilibrio real en estos hogares y es evidente que el esquema de la corresponsabilidad (esencial en otros contextos de biparentalidad) tiene que ser replanteado y reinventado para no convertirse en una trampa perversa para modelos alternativos de familias.

¹ Referencias concretas a este, más amplio, debate se pueden encontrar en: BOGONI, M., “Familias monomarentales y nueva Ley de Familias: el largo camino hacia el reconocimiento de sus derechos de conciliación”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social* n. 155/2023, pp. 81 y ss.

De ahí la “creatividad jurídica” de doctrina y (especialmente) de jurisprudencia que, en estos años, sentencia tras sentencia, ha ido reconstruyendo – fundamentalmente sobre la base del criterio del “interés superior del menor” – las medidas de conciliación clásicas, con el fin de evidenciar sus deficiencias en contextos de familias monomarentales y reconfigurar su estructura, empezando, como es inevitable, por el principal de estos instrumentos, cual es el permiso de cuidado por nacimiento. Un permiso que, en el contexto de estas familias, no puede seguir elaborándose partiendo de un error conceptual – el de ignorar la imposibilidad de reparto corresponsable en la crianza – teniendo que modularse hacia la garantía y tutela de la presencia del progenitor al cargo del cuidado del recién nacido, por lo menos, el mismo tiempo que, técnicamente y legalmente, se prevé en el supuesto de una familia biparental.

Lo de tener en cuenta las peculiaridades del contexto familiar, así como del nacimiento, no es algo nuevo en el ordenamiento jurídico español ya que se lleva haciendo, de manera expresa y continuada, en supuestos, por ejemplo, de familias numerosas o de partos múltiples o con ciertas problemáticas que alteren el normal desarrollo de los primeros días o meses de vida de las y los recién nacidos. Además (y sobre esto volveremos) se ha hecho, ya a nivel jurisprudencial y sin necesidad de una regulación específica, en supuestos como los de maternidad subrogada, actualmente al centro de un debate mediático muy polémico, debido a casos recientes de elevado impacto en los medios de comunicación².

En la línea de esta labor de modulación y adaptación de las medidas de conciliación a supuestos específicos, no directamente contemplados por la ley y tal vez con el fin, indirecto, también, de forzar el debate sobre su previsión legal, el TSJ de País Vasco es el primero que, el 6 de octubre de 2020, reconoce el derecho de acumulación partiendo además de una perspectiva muy interesante: coordinar el objetivo de la igualdad de género – que está detrás del modelo de conciliación corresponsable, en el que la regulación del permiso por nacimiento de hijo se inscribe – con la necesaria tutela del interés del menor³. Este argumento se fundamenta en la Sentencia (y en todas las que le siguen) sobre la base unas sugestivas fuentes internacionales: la *Convención sobre los Derechos del Niño*, ratificada en España el 26 de enero de 1990 y el *Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales*, así como sobre el art. 39 y 14 de la *Constitución Española*. El Tribunal afirma, en definitiva, que si se deniega la acumulación se produciría una vulneración del derecho de igualdad *del menor* ya que el menor afectado sufriría “una clara merma respecto a aquellos otros que, en situación semejante, encuadrados dentro de un modelo familiar biparental, van a recibir” ya que el *tiempo de atención y cuidado* del menor sería inferior (o mayor), dependiendo del modelo de familia en el que nace y/o crece.

² Se está pensando en el caso de la maternidad subrogada que involucra la actriz y presentadora española Ana Obregón, recientemente saltado en primera página de todos los medios de comunicación, más allá de la prensa especializada, véase, por ejemplo: <https://elpais.com/sociedad/2023-03-29/la-maternidad-de-ana-obregon-a-los-68-anos-detona-el-debate-bioetico-y-politico-de-los-vientres-de-alquiler.html> y <https://cnnespanol.cnn.com/2023/04/06/madre-abuela-bebe-ana-obregon-gestacion-subrogada-trax/>

³ Concepto ampliamente usado en el derecho de familia y cuyo impacto y significado ha sido desarrollado por la doctrina civilista de manera muy completa. Véase, entre otros, GARCÍA RUBIO, M.P., “¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?”, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana* n. 13/2020.

En esta Sentencia, así como en la mayoría de las que conceden la acumulación a partir de este momento⁴, además, se plantea otra de las cuestiones más importantes relacionadas con la aplicación de las medidas de conciliación en contextos de familias monomarentales y que tiene que ver con la discriminación indirecta por razón de sexo que sufriría, en este caso, la madre trabajadora, cabeza de familia. El TSJ de País Vasco – después de analizar los datos estadísticos de las familias monoparentales y relevar que éstas en su amplia mayoría, tal y como hemos visto anteriormente, son constituidas por mujeres – teje, así, la conexión entre el *interés superior del menor* y la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres. Denegar la acumulación de permisos en estos supuestos de monomarentalidad significaría, según palabras del Tribunal, introducir “una nueva brecha que nos sitúa no ante el techo de cristal sino ante el suelo pegajoso y ante una concepción de la igualdad funcionalista, que obvia el que las distintas manifestaciones de esta se desarrollan dentro de los hábitat o estructuras sociales”⁵. El Tribunal va más allá considerando, además, que con la incorporación del varón o de otro progenitor en el disfrute del permiso por nacimiento, se estaría perjudicando indirectamente la mujer, madre y única progenitora de estas familias monomarentales, ya que “el tiempo de dedicación al menor por parte de ella es superior, porque no lo comparte, ni simultánea ni diacrónicamente” sino que lo bifurca. En estas familias “el tiempo de dedicación a la formación y promoción profesional también se merma; la promoción en el empleo y el desarrollo personal se reduce”. En definitiva, “la situación de la mujer vuelve a empeorarse y en la buena apariencia, sin embargo, se vuelve a favorecer un colectivo (el femenino), pero a una parte del mismo (el de las familias monomarentales) se le perjudica”⁶.

Esta posibilidad de acumulación en familias monomarentales no ha sido, sin embargo, admitida por todos los Tribunales. Especialmente llamativos en este sentido son algunos pronunciamientos recientes. Uno del TSJ de la Comunidad Valenciana (STSJ 3020/2021, de 19 de octubre), que es el primero que desestima la acumulación al que se unen posteriormente más sentencias en este sentido, entre las cuales destaca la sentencia del TSJ de Madrid (STSJ 886/2022, de 5 de octubre), que está entre las últimas. El argumento, en estos casos, se sustenta en dos cuestiones esenciales. Por un lado que, según el juez, la regulación derivada del Real Decreto-Ley 6/2019, no pretende otra cosa que extender los derechos de conciliación con el fin de promover la igualdad y no discriminación en el ámbito doméstico. Es decir, el objetivo de fomentar la corresponsabilidad eclipsaría por completo, según estas sentencias judiciales, la

⁴ Cabe resaltar que las Sentencias estimatorias no son todas uniformes respecto al cálculo de las semanas totales de disfrute del permiso resultante, ya que no hay unanimidad sobre la forma en la que se debe tener en cuenta el periodo de descanso obligatorio, de 6 semanas, inmediatamente posterior al parto que, en el supuesto de familias biparentales, se disfruta conjuntamente por parte de los dos progenitores. Teniendo en cuenta que, actualmente el permiso por nacimiento de hijo es de 16 semanas cada progenitor, es posible, por tanto, encontrar sentencias que, en virtud del reconocimiento de la acumulación, extiendan el permiso hasta las 32 semanas y otras que lo hagan hasta llegar a las 26 semanas (o equivalente en función de la ampliación legal progresiva del permiso desde el año 2019 hasta la actualidad y prevista por la Disposición Transitoria 13, ET).

⁵ Fundamento de Derecho Séptimo, STSJ de País Vasco de 6 de octubre de 2020.

⁶ Idem.

protección del interés superior del menor⁷. Una vez más, por lo tanto hablaríamos de un “premio a la corresponsabilidad” (sin tener en cuenta situaciones en la que este premio se convierte en trampa). Por otro lado, se argumenta que en las familias monomarentales sólo concurriría una única cotización al igual que ocurre cuando, en familias con dos progenitores, el otro progenitor no tiene derecho a la prestación y por tanto, podría incluso darse un trato de favor a un menor de una familia monomarental con madre trabajadora, respecto a otro de familia biparental en la cual sólo cotiza un progenitor. Este segundo argumento, más de carácter económico y ligado a la naturaleza contributiva de la prestación que se pretende ampliar, parece obviar una cuestión esencial – que es que de lo que aquí se trata, a mi entender – es decir la de puesta en valor del tiempo de cuidado y crianza (de calidad, con tutelas legales y económicas) que la progenitora, en un caso, y los progenitores conjuntamente, en otros, pueda dedicar a sus hijos e hijas, en los primeros meses de su vida. Y, cuando se habla de tiempo, todas o muchas sabemos, que no es lo mismo ser uno, que dos.

Otra cosa es que – y eso habría que empezar a pensarlo en serio y despacio en otros espacios de debate, incluso académicos – se rompa del todo el esquema preconstituido, y se abra, de cuajo, el abanico de posibilidades estableciendo – en algunos casos o en todos – que, conjuntamente con la madre, la corresponsabilización de la crianza y cuidado no se limite a los o las otras progenitoras, sino que se permita el disfrute de este permiso a cualquier persona trabajadora, de confianza estricta de la madre y/o padre, que colabore, desde el primer momento en la crianza del menor, cumpliendo con ese rol de progenitor responsable que, en un principio se limita a los ascendientes directos de las criaturas. Esto significaría, sin embargo, revolucionar totalmente la concepción de familia hacia una “crianza en red” o “crianza en tribu” a la que, tal vez, el legislador (y el juez) no esté aún preparado, pese a que ciertas interpretaciones posibles del concepto de *cuidadores* introducido por la Directiva (UE) 2019/1158, de 20 de junio de 2019, podrían sugerirlo, a mi entender.

Los argumentos de las sentencias, a favor y en contra de la acumulación son objeto de un resumen y una reflexión en la esperadísima Sentencia del Tribunal Supremo del 2 de marzo de 2023, a la que hay que hacer referencia ya, sin ulterior dilación. En esta Sentencia, en efecto, el TS acaba rechazando la posibilidad de ampliar el permiso de nacimiento de hijo en supuestos de familias monomarentales, por dos razones fundamentales: no habría discriminación indirecta ni vulneración del interés superior del menor y el órgano judicial no sería competente para ampliar la capacidad protectora de una prestación, prevista y regulada por Ley, sino que para eso debe haber una intervención legislativa clara en este sentido.

⁷ Concretamente, además, en la STSJ 3020/2021, de 19 de octubre, se afirma (no sin ciertas perplejidad en el lector) que no existiría un marco teórico del derecho del menor de las familias monomarentales a ser cuidado en condiciones de igualdad con respecto a las familias con dos progenitores. Lo cual no hace más que justificar la necesidad y urgencia de que este marco regulador sea claro y, una vez por toda, puesto negro sobre blanco. Así se remarca por parte de la doctrina, entre otras: ROMERO RODENAS, M. J. – CANTOS MARTÍNEZ, A., “Prestación por nacimiento y cuidado del menor, ¿menor protección a familias monoparentales? Entre la corresponsabilidad y el interés del cuidado del Hijo e hija”, en *Hoja de Actualidad “Clara Campoamor”*. 11 de julio de 2022 (https://blog.uclm.es/catedraclaracampoamor/wp-content/uploads/sites/158/2022/07/Hoja_actualidad_julio-2022.pdf).

Procedemos por tanto, con orden, al análisis del contenido de esta importantísima sentencia. En primer lugar, en la sentencia se estudia la cuestión de la posible discriminación indirecta a la que estarían sometidas las madres, en cuanto mujeres, progenitoras de estos hogares monomarentales y también los niños y niñas, en comparación con aquellos y aquellas que se crían en familias biparentales. El TS, en este punto, acaba abrazando en prácticamente su totalidad lo defendido por el Ministerio Fiscal. Concretamente considera que “la nueva redacción del art. 48 ET en sus apartados 4, 5 y 6 no establece un trato discriminatorio, vulnerador del principio de igualdad, entre los niños de las familias biparentales o monoparentales”⁸. Añade que, en este supuesto, en primer lugar, “no se produce una discriminación indirecta por razón de sexo por el hecho de que existan más familias monoparentales constituidas por mujeres que por hombres”⁹.

Esto se debería a una doble razón que tiene que ver, en primer lugar, con el hecho que el Tribunal considera que el marco de comparación sería erróneo (“pues el término de comparación sería con las familias biparentales, integradas, salvo escasísimas excepciones, por hombres y mujeres por igual”¹⁰) y, en segundo lugar, porque la valoración sobre la configuración del sistema de Seguridad Social y sus requisitos de acceso así como “las circunstancias y múltiples condicionantes, entre ellos, los económicos, para introducir cualquier modificación de dicho sistema”¹¹ es competencia del legislador, así como lo es establecer excepciones “en atención a la disponibilidad del momento y a las necesidades de los grupos sociales”¹². Y según el TS es evidente que en el supuesto de las familias monomarentales esta excepción no se ha querido configurar por parte del legislador, por lo menos hasta la fecha.

El Tribunal llega, además, hasta más lejos ya que considera que reconocer la acumulación de permisos, en estos supuestos, significaría “inaplicar unos preceptos cuya constitucionalidad no se ha puesto en cuestión” y por tanto, “quebrar el espíritu de la norma”¹³. En definitiva, reconocer esta ampliación determinaría, en opinión del TS, reconocer a la madre el disfrute de una “nueva prestación de tal naturaleza que le hubiera correspondido al otro progenitor” y este reconocimiento afectaría tanto al ámbito de las prestaciones contributivas de la Seguridad Social, como a la relación contractual con el empleador, dado que para el disfrute de esta “nueva prestación” resultaría inevitable ampliar, también, la duración de la suspensión del contrato, prevista por el art. 48.4 ET. Esta alteración, insiste el TS, sería injustificada al no haber vulneración de ninguna norma internacional, ni hacia la mujer (no pudiéndose detectar elementos de discriminación indirecta por razón de sexo) ni hacia el menor (ya que en este caso, la ponderación del interés superior del menor se habría hecho correctamente respecto al principio de igualdad entre hombre y mujeres por parte del legislador en ocasión de la redacción del Real Decreto-Ley 6/2019).

⁸ Fundamento de Derecho Segundo, STS 169/2023, de 2 de marzo de 2023.

⁹ Idem

¹⁰ Idem

¹¹ Idem

¹² Idem

¹³ Fundamento de Derecho Segundo, punto 3, STS 169/2023, de 2 de marzo de 2023.

Esta última cuestión es especialmente interesante (y peligrosa), a mi entender, ya que, a diferencia de lo que se argumenta en el voto particular a la Sentencia¹⁴, no sólo se admite que el “interés superior del menor” pueda entrar en el juego de ponderación (cosa que, en cambio, no se permite en otros supuestos jurídicos, como, por ejemplo, cuando hay que determinar el régimen de custodia de menores en caso de separaciones y divorcios) con otros derechos e intereses, sino que, en este caso, el derecho de conciliación y corresponsabilidad prevalecería¹⁵. El interés del menor, por tanto, dejaría de ser considerado “superior”, según esta Sentencia, por lo menos en tanto en cuanto choque con el derecho de conciliación. Lo cual acaba atrapando el sistema en una contradicción eterna. A mi modo de ver, imaginar una conciliación en la que el interés del menor siga siendo superior, no sólo es fundamental, sino que es el único camino posible, porque es el que de verdad, creo, consentirá profundizar en la función central que deben ocupar los cuidados en el espacio jurídico del presente y, especialmente del futuro. Una sentencia, como la del 2 de marzo de 2023, hablando en estos términos de conciliación y de interés superior del menor, sin duda, aleja (y mucho) este objetivo.

Siguiendo con el estudio de la Sentencia, el argumento sobre el cual la STS 169/2023 pone, especialmente, el foco es el de la incapacidad demostrada por parte del órgano jurisdiccional de intervenir en la materia con una acción integradora ya que, según palabras del Tribunal Supremo “una intervención de tal calibre dista mucho de lo que la organización constitucional del Estado encomienda a los jueces y Tribunales” y su función tendría que limitarse a “la aplicación e interpretación de la norma, no (a) la creación del derecho”¹⁶. La naturaleza de prestación contributiva, así como la implícita modificación del régimen jurídico de la suspensión contractual por causa de nacimiento y cuidado de hijo o hija, impedirían esa labor integradora del Tribunal. Es evidente que la toma de posición del legislador (y del Gobierno) en este asunto es urgente y necesaria, sin embargo da la sensación que, en este caso, el Tribunal prefiera optar por no tomar la iniciativa, pese a que, en cambio, esto mismo se hizo en supuestos parecidos en el pasado.

Como bien se indica en el Voto Particular, el “criterio de interpretación con perspectiva de género” se ha utilizado por el TS en repetidas ocasiones, a partir de la famosa Sentencia del Pleno del 21 de diciembre de 2009¹⁷ y siempre con el fin de extender la

¹⁴ Según lo que se puede leer el Punto segundo del voto particular formulado por el magistrado Ignacio García- Perrote Escartín, al cual se ha adherido también la magistrada Rosa María Virolés Piñol, “la interpretación integradora de las normas aplicables” se debería haber hecho “especialmente en base al interés superior del niño” ya que tanto la Constitución Española, como las leyes orgánicas de protección de la infancia y otros instrumentos de derecho internacional, “establecen que el interés superior del niño debe tenerse en consideración primordial, llegando en varios casos a afirmarse expresamente que ese interés superior del menor y su necesaria consideración primordial, son un derecho y, en todo caso, el principio interpretativo que debe prevalecer”.

¹⁵ La Sentencia afirma que el “disfrute de los derechos de conciliación y protección dispensados en esos casos evitan que el ejercicio de aquellos perpetúe roles de género que no se corresponden con la situación social actual ni mucho menos con el principio de igualdad que sustenta todo el ordenamiento jurídico” y por eso en la ponderación con el interés del menor, el derecho de conciliación y corresponsabilidad tiene que prevalecer. Punto 4, Fundamento de Derecho Cuarto, STS 169/2023, de 2 de marzo de 2023.

¹⁶ Punto 3, Fundamento de Derecho Tercero, STS 169/2023, de 2 de marzo de 2023.

¹⁷ Se trata, por lo menos, de las Sentencias: las SSTS 864/2018, 26 de septiembre de 2018 (rcud 1352/2017); 778/2019, 13 de noviembre de 2019 (rec. 75/2018); 815/2019, 3 de diciembre de 2019 (rec.

protección del sistema de Seguridad Social, así como la percepción de las correspondientes prestaciones, a supuestos no expresamente contemplados por la normativa de la Seguridad Social. Además, llama especialmente la atención – como veníamos advirtiendo al principio de este comentario – que en supuestos de maternidad subrogada, la labor del TS ha sido especialmente significativa con el fin de extender el margen de protección, en algunos caso adjuntándose explícitamente “el interés superior del menor y la protección de la familia y de la infancia”¹⁸.

Es cierto que, tal y como se alega en la Sentencia en cuestión, hubiera sido preferible no alargar durante tanto tiempo el silencio del legislador, especialmente teniendo en cuenta que ya, desde hace varios años, se ha trasladado al espacio judicial la búsqueda de solución en el supuesto de permiso de nacimiento en familias monomarentales y que el mismo TS, en varios puntos de la sentencia, declara que corresponde efectivamente a “un déficit de protección”¹⁹. Las ocasiones para llevar a cabo una reforma clara, en este sentido, no han faltado ni faltarán, entre las cuales destacan, claramente, la aprobación del Real Decreto-Ley 6/2019 y la transposición de la Directiva (UE) 2019/1058, que se realizará a través de la Disposición Final Tercera del Anteproyecto de Ley de Familias, de próxima aprobación en el 2023²⁰.

El Tribunal Supremo, en la STS 169/2023, de 2 de marzo recalca que el silencio del legislador indicaría la voluntad del mismo de no regular el asunto, por lo menos en un sentido favorable a la acumulación del permiso. Al respecto, en la sentencia se recuerda que ha habido momentos, incluso recientes, en los que el Parlamento, interpelado sobre el asunto de manera directa o indirecta, se habría pronunciado en contra²¹. Sin embargo, es llamativo que, en esta Sentencia, no se tenga en cuenta otra votación, esta vez en el Congreso, en cuya ocasión se aprobó la toma en consideración de una Propuesta de Ley concreta y específica sobre el tema del permiso de cuidado en supuesto de familias monomarentales. Esa votación, celebrada en marzo de 2022, se concluyó, de manera inequívoca, con la práctica totalidad de votos a favor de los y las diputadas presentes

141/2018); 79/2020, 29 de enero de 2020 (rcud 097/2017); 115/2020, 6 de febrero de 2020 (rcud 3801/2017); 580/2020, 2 de julio de 2020 (rcud 201/2018); 908/2020, 14 octubre 2020 (rcud 2753/2018); 645/2021, 23 junio 2021 (rec. 161/2019); y 747/2022, 20 de septiembre de 2022 (rcud 3353/2019). Punto 6 Voto particular, STS 169/2023, de 2 de marzo de 2023.

¹⁸ En particular véase, en este sentido: STS 881/2016, de 25 de octubre de 2016, STS 953/2016, de 16 de noviembre de 2016 y STS 1005/2017, de 14 de diciembre, así como, posteriormente, STS 277/2018, de 13 de marzo de 2018, STS 347/2018, de 22 de marzo de 2018.

¹⁹ Concretamente habría “un déficit de protección querido y consentido” por el legislador (Punto 1, Fundamento de Derecho Quinto, STS 169/2023, de 2 de marzo de 2023).

²⁰ El Anteproyecto de Ley de Familias, actualmente, después de ser aprobado en segunda vuelta en el Consejo de Ministros del 28 de marzo de 2023, se encuentra en fase de tramitación parlamentaria, esperándose su aprobación, enmiendas y debates permitiendo, antes de la finalización del primer semestre del año en curso.

²¹ Concretamente el TS se está refiriendo a unas votaciones celebradas en el Senado en cuya ocasión se desestimó una enmienda (la n. 93) del Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2019, de 2 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. La enmienda en cuestión proponía la modificación del art. 48.4 ET en el siguiente sentido: “en el supuesto de familias monoparentales, la persona trabajadora podrá acumular el tiempo de permiso que correspondería a la otra persona trabajadora si la hubiera”. Punto 2, Fundamento de Derecho Quinto de la STS 169/2023, de 2 de marzo de 2023.

(337 votos a favor, ningún voto en contra y 2 abstenciones)²². No queda claro, por tanto, el argumentario de la Sentencia hacia la posible inamovilidad del Poder legislativo en esta materia. Aunque está claro que el silencio de este Poder – y la lentitud de su trabajo en este aspecto – sin duda, no ayuda a dejar suficientemente clara su postura.

En la actualidad – y pese al impacto profundo que esta Sentencia del Tribunal Supremo aportará, especialmente, en los casos judicializados – el tema sigue encima de la mesa y se abren dos frentes. Uno judicial, ya que se ha planteado en diferentes foros²³ que quedaría por abrir la vía del recurso de amparo o incluso de las apelaciones a los órganos predispuestos a la tutela de derechos fundamentales del derecho internacional y europeo. Otro frente, legislativo, ya que la presión hacia una normativización del asunto es cada más intensa. Resulta, sin duda, muy sorprendente comprobar que en la actual versión del Anteproyecto de Ley de Familias no se incluya la ampliación del permiso de nacimiento en supuesto de familias monomarentales, pese a que dedica un capítulo entero a las familias monomarentales y en su Disposición Final Tercera se encarga de modificar, directamente, el art. 48 ET, para adecuarlo a lo dispuesto por el derecho europeo. Concretamente, en la reforma de este artículo la única referencia a la acumulación de permisos se haría, salvo modificaciones en fase de tramitación, cuando se establece la especial prórroga del permiso de nacimiento en supuestos de discapacidad o partos múltiples. En este caso, y de manera totalmente excepcional, establece que en el supuesto de las familias con un solo progenitor se podrá proceder a la acumulación de las ampliaciones para eso establecidas. En cambio, en todas las demás situaciones, el legislador mantiene el más sigiloso (y llamativo) de los silencios, aun siendo consciente del estruendo que está provocando este asunto en los Tribunales (y en los medios de comunicación). Cabe preguntarnos por las razones profundas que motivarían esta renuncia a regular la acumulación en la Ley de Familia. Especialmente porque consta que el Gobierno se ha pronunciado, en varias ocasiones, a favor de esta ampliación (y de su inclusión específica en el texto de la futura Ley de Familias)²⁴.

En definitiva, la Sentencia del Tribunal Supremo representa un golpe importante al corazón del régimen de protección jurídica de las familias monomarentales que se debería llevar a cabo en España. Urge, por tanto, una apuesta clara hacia la regulación

²² Se está haciendo referencia a la “Proposición de Ley de modificación del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y del Real Decreto Legislativo 5/2015, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, en materia de regulación de los permisos de maternidad y paternidad permitiendo su ampliación a 26 semanas en los supuestos de familias monoparentales (122/000192)”, presentada el 1 de enero de 2002 por parte del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, publicada en el Boletín Oficial del Congreso el 14 de enero de 2022 y votada en el Congreso el 24 de marzo de 2022. Actualmente, según la información publicada en la web del Congreso, se encuentra en fase de debate en la mesa de la Comisión de “Trabajo, Inclusión, Seguridad Social y Migraciones y Enmiendas” del Congreso.

²³ Por ejemplo: <https://madressolterasporeleccion.org/wp-content/uploads/2023/03/Comunicado-Sentencia-TS.pdf>

²⁴ Declaraciones en este sentido, al parecer, se han producido por la Ministra de Derechos Sociales y Agenda 2023, Ione Belarra y el Ministro de Seguridad Social, José Luis Escrivá. También, hay fuentes que indican que el Ministerio de Trabajo incluyó la ampliación del permiso por nacimiento de hijo o hija en supuestos de familias monomarentales, en la parte específica dedicada a la Transposición de la Directiva (UE) 2019/1058, de 20 de junio. Véase: <https://www.epe.es/es/igualdad/20220324/familias-monoparentales-permisos-maternidad-paternidad-13422861>.

normativa de esta materia. Ahora – que ya hay sentencia del TS – más que nunca. Ojalá se tome pronto una decisión, desde el Poder legislativo o desde el Ejecutivo, y se haga en el sentido más protector para las familias monomarentales, las madres y sus hijos e hijas. Sería, sin duda, un paso importante hacia un modelo de conciliación y corresponsabilidad del siglo XXI en el que todas y todos tenemos el derecho y el deber de contribuir a dibujar, desde nuestras diferentes sensibilidades.