

COMENTARIOS

Ampliación del permiso por nacimiento y cuidado en familia

STS 1136/2023, de 12 diciembre

Abril 2024

(Nº 122)

SERVICIO DE
ESTUDIOS
UGT

CONTENIDO

- Antecedentes
- Análisis
- Comentarios de la sentencia

El Tribunal Supremo dictó, el pasado 12 de diciembre, Sentencia nº 1136/2023¹, en la que resuelve el recurso de casación para la unificación de doctrina y determina si, en caso de familia monoparental, se puede acumular la prestación por nacimiento y cuidado del menor a la prestación que le hubiese correspondido al otro progenitor de haber existido.

Antecedentes

La demandante tuvo una hija el 2 de septiembre de 2021; ambas constituyen una familia monoparental. El 10 de septiembre de 2021 solicitó la prestación por nacimiento y cuidado del menor. Por resolución de esa misma fecha, se le reconoció la prestación con efectos desde el 2 de septiembre de 2021 hasta el 22 de diciembre de 2021 (16 semanas).

Con fecha 23 de septiembre, presentó reclamación solicitando la ampliación en otras 16 semanas, con fundamento en que constituyen una familia monoparental. La reclamación administrativa previa fue desestimada por resolución de 21 de octubre de 2021.

Contra la citada resolución, la madre interpuso demanda que fue estimada por el Juzgado de lo Social núm. 4 de Santander, que reconoció un periodo adicional de 10 semanas, teniendo en cuenta que la progenitora había disfrutado de 6 semanas ininterrumpidas inmediatamente seguidas al parto, y que el permiso de nacimiento y cuidado que hubiera correspondido al otro progenitor también exige que 6 semanas se disfruten inmediatamente posteriores al parto.

Disconformes con dicha resolución judicial, recurren en suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, tanto las entidades gestoras de la Seguridad Social como la parte actora.

La Sala de Suplicación confirmó la resolución de instancia desestimando los recursos formulados.

Por la letrada de la Administración de la Seguridad Social en nombre y representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) se interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina. Se invoca como sentencia contradictoria, la sentencia núm. 3020/2021, de 19 de octubre, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (rec. 1563/2021).

¹<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/b7f023c782f908cca0a8778d75e36f0d/20231222>.

Asimismo, se interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina por la demandante, que invocó como sentencia contradictoria la núm. 854/2021, de 13 de octubre, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid (rec. 620/2021).

Análisis

La cuestión planteada consiste en resolver si en una familia monoparental la única progenitora que disfrutó de la prestación por nacimiento y cuidado del menor tiene derecho, además, a la prestación que le hubiese correspondido al otro progenitor de haber existido.

Con carácter previo, conviene advertir que estamos ante una prestación contributiva de la que son beneficiarias las personas incluidas en el Régimen General de la Seguridad Social, cualquiera que sea su sexo, que disfruten de los descansos previstos en el art. 48 del Estatuto de los Trabajadores (ET) por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción y el acogimiento familiar, siempre que se encuentren en situación de alta o asimilada y que reúnan el periodo de carencia determinado.

La demandante justifica su recurso con base en la infracción de los arts. 2, 3 y 26 de la Convención sobre los Derechos del Niño, con cita del art. 31 de la Ley 25/2014, art. 48.4 ET, art. 177 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) y de la jurisprudencia, invocando varias sentencias de Tribunales Superiores de Justicia. A su entender, el permiso por nacimiento de la menor se debe ampliar en 16 semanas adicionales (con un total de 32), en lugar de las 10 reconocidas en sentencia.

Por otro lado, la letrada de la Administración de la Seguridad Social en representación del INSS recurrió también en suplicación, alegando la infracción de los arts. 177 a 180 LGSS, en relación con el art. 48.4 ET, al entender que no existe el derecho a acumular dicha prestación, ya que la norma no discrimina al menor de una familia monoparental. Pues, de admitir esta tesis, también discriminaría al menor de una familia biparental en la que uno de los progenitores no tuviera derecho, o no lo tuviera ninguno, lo que evidencia que la finalidad de la norma no es proteger el interés del menor, sino conceder el mismo periodo de descanso a ambos progenitores para garantizar la igualdad efectiva de la mujer en el acceso al trabajo.

El Tribunal Supremo resuelve el conflicto planteado negando el reconocimiento de una nueva prestación. Argumenta que tal opción no constituye una exigencia que derive ni de la Constitución Española (CE), ni de ninguna norma de la Unión Europea, ni de ningún acuerdo o tratado internacional ratificado por España. De esta forma, no resulta contrario al principio de igualdad del art. 14 CE, ni contraviene ningún precepto de

carácter internacional que directamente obligue a establecer un concreto o específico nivel de protección social a las familias monoparentales².

Por el contrario, el reconocimiento de la prestación afectaría al ámbito de las prestaciones contributivas de la Seguridad Social, toda vez que, en primer lugar, *“supondría crear una prestación contributiva nueva en favor de los progenitores de familias monoparentales que, además, quedaría estrictamente limitada a la duplicación de la duración de la misma, sin modificar los condicionantes específicos en materia de periodo de cotización previa o del régimen jurídico de su propia concesión o subsistencia, alterando la configuración diseñada por el legislador”*.

En segundo lugar, produciría efectos en el ámbito de su relación contractual con el empleador, puesto que, para el disfrute de la prestación solicitada, sería necesario la ampliación de la duración de la suspensión del contrato prevista en el art. 48.4 ET, lo que, a su vez, afectaría en sus previsiones de sustitución o de reorganización de la empresa, sin eximirle del cumplimiento de las obligaciones de cotización en materia de Seguridad Social.

Además, reitera la sentencia comentada que corresponde al legislador determinar el alcance y el contenido de la protección de las familias monoparentales, y no a los jueces o tribunales. Estos deben aplicar e interpretar la ley y no crear el derecho, una *“intervención en el ordenamiento jurídico como la que se sostiene en este procedimiento no puede ser suplida mediante resoluciones judiciales que vayan más allá de sus propias funciones jurisdiccionales, entre las que no se encuentran la modificación del régimen de prestaciones de la Seguridad Social, ni la modificación de la organización de la suspensión del contrato de trabajo por causas previstas en la ley”*.

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

En toda la regulación de la prestación por nacimiento y cuidado del menor está presente el interés por la protección del menor, así como el de la conciliación y la

² Ver Directiva 2019/1958.

corresponsabilidad. Sin embargo, el interés del menor no es el único factor decisivo y determinante para otorgar esta protección.

Rechaza también el Alto Tribunal una interpretación con perspectiva de género al no resultar determinante para la resolución del caso, pues lo que se pide va más allá de lo que significa "*interpretar y aplicar el derecho*" y se sitúa en el ámbito de su creación. Recalca que la perspectiva de género no es aplicable cuando el legislador es consciente de la situación que regula y de las consecuencias de la misma y establece una normativa que tiende a corresponsabilizar al varón en la educación y crianza de los hijos. Por tanto, no concurre un supuesto de discriminación, sino un eventual déficit de protección concreto y consentido por el legislador.

Comentarios de la Sentencia

La Sentencia del Tribunal Supremo, objeto de este breve comentario, es de especial importancia por el supuesto que analiza y la insuficiencia y deficiencia legislativa que queda latente en este caso y en otros similares.

Consideramos que el Tribunal interpreta restrictivamente el concepto de la prestación por nacimiento y cuidado y obvia los intereses del menor y la madre como única progenitora. La Sala podría haber considerado otorgar el derecho a la ampliación del permiso por varios motivos.

El primero de ellos, es que el interés del niño y la perspectiva de género deben tener una consideración primordial, al haber un número notablemente mayor de familias monoparentales encabezadas por mujeres. Entendemos que, si una disposición jurídica puede ser interpretada en diferentes sentidos y con distintas orientaciones, se debería optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor.

Por otro lado, aunque la Constitución atribuya al poder legislativo la elaboración y la aprobación de la normativa en materia de Seguridad Social, resulta muy significativo que la propia sentencia analizada recoja, en línea con anteriores sentencias del TS, textualmente que "estamos ante un eventual déficit de protección concreto querido y consentido por el legislador". Por ello, concluimos que es compatible que los jueces y tribunales puedan interpretar las normas laborales y de Seguridad Social para adaptarlas a la perspectiva de género y sobre todo, en este caso, al interés de la menor.

Conviene recordar que no son pocos los casos en los que, por la vía de la interpretación, se extendió la protección del sistema de Seguridad Social a supuestos no expresamente contemplados en su normativa, tales como la pensión de viudedad de parejas de hecho en caso de violencia de género, régimen del SOVI y la calificación de determinadas dolencias como profesionales, entre otros.

En suma, la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo (en la sentencia comentada y en otras precedentes: 169/2023, de 2 de marzo y 434/2023, de 14 de junio) admite que la

interpretación que lleva a cabo genera un déficit de protección concreto que se asume porque es querido por el legislador, déficit que ha de ponerse en relación con el interés del menor.

Las Sentencias son parte del derecho vivo en nuestro país. En esta colección, comentamos de manera sencilla y clara las consecuencias de resoluciones judiciales de importancia, con un ánimo crítico y valorativo

UGT

