

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Social
PLENO

Sentencia núm. 169/2023

Fecha de sentencia: 02/03/2023

Tipo de procedimiento: UNIFICACIÓN DOCTRINA

Número del procedimiento: 3972/2020

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria

Fecha de Votación y Fallo: 15/02/2023

Voto Particular

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Blasco Pellicer

Procedencia: T.S.J.PAÍS VASCO SOCIAL

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Alfonso Lozano De Benito

Transcrito por: MGC

Nota:

Resumen

Prestación de nacimiento y cuidado del menor en familia monoparental. Solicitud de reconocimiento de una nueva prestación, distinta a la ya reconocida, y coincidente con la que hubiera correspondido al otro progenitor. Denegación en aplicación de la normativa vigente que cumple las exigencias derivadas del Derecho de la Unión Europea, de la Constitución y de acuerdos y tratados internacionales. Es al legislador a quien corresponde determinar el alcance y contenido de la protección que debe dispensarse a este tipo de familias. Se estima el recurso del Ministerio Fiscal. Voto Particular.

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 3972/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Blasco Pellicer

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Alfonso Lozano De Benito

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Social
PLENO

Sentencia núm. 169/2023

Excmas. Sras. y Excmos. Sres.

D.^a Rosa María Virolés Piñol

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Ángel Blasco Pellicer

D. Sebastián Moralo Gallego

D.^a María Luz García Paredes

D.^a Concepción Rosario Ureste García

D. Juan Molins García-Atance

D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín

En Madrid, a 2 de marzo de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Ministerio Fiscal, contra la sentencia de fecha 6 de octubre de 2020 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el recurso de suplicación núm. 941/2020 y aclarada por auto de fecha 3 de noviembre de 2020, formulado frente a la sentencia de fecha 18 de mayo de 2020, dictada en autos 1015/2019, por el Juzgado de lo Social núm. 5 de Bilbao, seguidos a instancia de Doña Z., contra la Tesorería General

de la Seguridad Social y el Instituto Nacional de la Seguridad Social, sobre prestaciones.

Han comparecido ante esta Sala en concepto de partes recurridas el Instituto Nacional de la Seguridad Social, representado y defendido por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social y Doña Z. representada y defendida por la Letrada Doña Mairer Katti Aguirre Lizarraga.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ángel Blasco Pellicer.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 18 de mayo de 2020 el Juzgado de lo Social núm. 5 de Bilbao, dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

«PRIMERO.-La actora, D^a. Z., con DNI n° ... y afiliada a la Seguridad Social, tuvo una hija el 16/06/2019, reconociéndosele por Resolución de 8/07/2019 el derecho a la prestación de nacimiento y cuidado de menor hasta el 5/10/2019, siendo ella la única progenitora y constituyendo así una familia monoparental.

SEGUNDO.- La Sra. ... presentó nueva solicitud de prestación de nacimiento y cuidado de menor el 04/09/2019 del otro progenitor de 8 semanas a disfrutar entre el 6/10/2019 y el 30/11/2019.

TERCERO.- Por Resolución del INSS de 10/10/2019 se denegó a la actora la prestación instada por no encontrarse en ninguna de las situaciones protegidas, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 183 y 318 LGSS. Interpuesta reclamación previa, fue desestimada por Resolución de 13/11/2019 en aplicación del Real Decreto Ley 6/2019, de 1 de marzo.

CUARTO.- La base reguladora de la prestación interesada asciende a 122,61 euros/ día.

QUINTO.- La Sra. ... ha disfrutado de una licencia retribuida del 6/10/2019 a 30/11/2019 (documento 5 de la demandante)».

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

«FALLO: DESESTIMANDO la demanda presentada por D^a. Z. frente a INSS y TGSS, debo absolver y absuelvo a los demandados de las pretensiones vertidas en su contra, confirmando lo resuelto en vía administrativa».

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D^a. Z. ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, la cual dictó sentencia en fecha 6 de octubre de 2020, en la que consta el siguiente fallo:

«Se estima el recurso de suplicación interpuesto frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 5 de Bilbao de 18-5-2020, procedimiento 1015/19, por doña Mainer Katti Aguirre Lizarraga, Letrado que actúa en nombre y representación de doña Z., y con revocación de la misma se estima su demanda y se declara su derecho a disfrutar de 8 semanas adicionales de prestación por nacimiento y cuidado de hijo, condenando al Instituto Nacional de la Seguridad Social y a la Tesorería General de la Seguridad Social, a estar y pasar por la anterior declaración y al abono de la prestación correspondiente sobre la base reguladora de 122,61 euros días, sin costas».

Con fecha 3 de noviembre de 2020, se dictó auto por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Por lo anterior la SALA DISPONE: Estimar la aclaración de sentencia dictada por esta Sala, el 6 de octubre de 2020 en el recurso 941/20, instada por la Letrada que actúa en representación de la Confederación Sindical ELA y donde dice....., debe constar", manteniéndose el resto de sus pronunciamientos».

TERCERO.- Por la representación procesal del Ministerio Fiscal se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina. El recurso se interpone al amparo del artículo art. 219.3 LRJS, al no existir doctrina unificada en la materia propuesta para la unificación por la Sala.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala se procedió a admitir a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

Por la letrada de la Seguridad Social en representación de la parte recurrida, Instituto Nacional de la Seguridad Social, y por la letrada D^a. Mainer Katti Aguirre Lizarraga, en representación de D^a. Z..., se presentaron sendos escritos.

QUINTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 19 de octubre de 2022. Por providencia de la misma fecha se hace constar lo siguiente: «Dada cuenta; habiéndose solicitado Nulidad de Actuaciones en el rollo 8/504/2022 seguido ante la sección 1ª de esta misma Sala y que afecta a las presentes actuaciones, se suspende el señalamiento previsto para su celebración en el día de la fecha hasta tanto se resuelva el referido Incidente de Nulidad».

SEXTO.- Por Providencia de fecha 23 de noviembre de 2022, se hacía constar lo siguiente: «Dada cuenta; habiéndose dictado resolución de fecha 15 de noviembre de 2022 en el incidente de nulidad en su día planteado en el recurso 8/504/2022, en concordancia con lo acordado en diligencia de ordenación de 19 de octubre de 2022 y, estimando la Sala que, dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, procede su debate por la Sala en Pleno de conformidad con lo dispuesto en el art. 197 de la Ley de Orgánica del Poder Judicial.

A tal efecto, se acuerda señalar para deliberación, votación y fallo del presente recurso el día dieciocho de enero de dos mil veintitrés, convocándose a todos los/as Magistrados/as de la Sala».

SÉPTIMO.- En Providencia de fecha 18 de enero de 2023 se hacía constar lo siguiente: "Estima la Sala que, dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, procede su debate por la Sala en Pleno, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. A tal efecto se suspende el señalamiento acordado para el día de la fecha, trasladando el mismo para el día quince de febrero de dos mil veintitrés, para cuya fecha se convocará a todos los Magistrados de esta Sala".

En dicho acto, el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. D. Ignacio García-Perrote Escartín, señaló que no compartía la decisión mayoritaria de la Sala y que formularía voto particular, por lo que se encomendó la redacción de la ponencia al Excmo. Sr. Magistrado D. Ángel Blasco Pellicer.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La cuestión a decidir en el presente recurso de casación para la unificación de la doctrina consiste en determinar 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 hubiera correspondido al otro progenitor de haber existido.

2.- La sentencia de instancia, del Juzgado de lo Social nº. 5 de Bilbao desestimó la demanda formulada por la actora. La sentencia aquí recurrida, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 6 de octubre de 2020, Rec. 941/2020, revocó la recurrida y, tras declarar el derecho de la demandante a disfrutar de ocho semanas adicionales de prestación por nacimiento y cuidado de hijo, reconoció a la actora la prestación solicitada condenando al INSS y a la TGSS a su abono.

La sentencia recurrida fundamentó la estimación del recurso basándose en el interés superior del menor, entendiendo que el artículo 48 ET introduce un elemento importante de discriminación respecto de la mujer en relación a los fundamentos de la conciliación de la vida laboral y familiar, razonando que las familias monoparentales, mayoritariamente constituidas por mujeres, según datos del INE que cita, está perjudicando a la mujer de manera indirecta porque no puede compartir el cuidado del menor, mermando sus posibilidades de atención al mismo.

3.- El recurso ha sido interpuesto por el Ministerio Fiscal en virtud de la posibilidad que le otorga el artículo 219.3 LRJS conforma al cual, en su función de defensa de la legalidad, puede interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina, entre otros supuestos, en aquellos en los que las normas cuestionadas sean de reciente vigencia o aplicación por llevar menos de cinco años en vigor en el momento de haberse iniciado el proceso en primera instancia, y no existieran aún resoluciones suficientes e idóneas sobre

todas las cuestiones discutidas que cumplieran los requisitos del apartado 1 del mencionado artículo 219 LRJS. Resulta evidente, por tanto, la legitimación del Ministerio Público en tanto que las normas cuestionadas, a las que se hará oportuna referencia, fueron introducidas en la redacción aplicable y discutida en el presente proceso por el RD Ley 6/2019, de 1 de marzo que a la formulación de la demanda rectora de las presentes actuaciones (el 17 de diciembre de 2019) apenas llevaba unos meses en vigor. Y, aunque en la actualidad existen múltiples sentencias que de diferentes Tribunales Superiores de Justicia que, en términos del artículo 219.1 LRJS, podrían considerarse contradictorias con la aquí recurrida, es evidente que en aquel momento no existían resoluciones idóneas para formalizar el recurso a instancia de cualquiera de los afectados, por lo que la legitimación del Ministerio Fiscal resulta incuestionable.

El recurso ha sido impugnado de contrario. Por el INSS mediante escrito en el que interesa la estimación del recurso avalando los argumentos contenidos en el mismo e introduciendo, al efecto, las consideraciones oportunas. Por la actora oponiéndose a la estimación del recurso solicitando la confirmación de la sentencia recurrida y pidiendo expresamente, que, en todo caso, la situación jurídica creada por la sentencia recurrida sea mantenida.

SEGUNDO.- 1.- El Ministerio Fiscal considera errónea la interpretación que realiza la sentencia de los artículos 177 a 180 LGSS con relación al artículo 48.4 ET al considerar que vulneran la Convención sobre los Derechos del Niño y el principio de igualdad y entiende que la normativa aplicada no es contraria a la citada Convención que solo obliga en su artículo 2.1 a los Estados a respetar y asegurar la aplicación de los derechos que enuncia a continuación, pero los artículos 18 y 26 de la Convención que cita la sentencia no recogen ningún derecho que deba prevalecer sobre la normativa del RD Ley 6/2019. Concluye el Ministerio Fiscal, con apoyo de la doctrina constitucional que cita, 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. 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, pues el término de comparación sería con las familias biparentales, integradas, salvo escasísimas excepciones, por hombres y mujeres por igual; y, en segundo lugar, porque la regulación actual responde a una política social plenamente justificada, correspondiendo al legislador, en atención al margen que constitucionalmente tiene reconocido para la regulación del sistema de la Seguridad Social, valorar las circunstancias y múltiples condicionantes, entre ellos, los económicos, para introducir cualquier modificación de dicho sistema, en atención a la disponibilidad del momento y a las necesidades de los grupos sociales.

Añade el Ministerio Fiscal que el Real Decreto-Ley 6/2019 en realidad solo vino a adelantarse a la Directiva 2019/1158 de 20 de junio relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, que deroga la Directiva 2010/18/UE y, tras destacar los puntos más relevantes de la misma, declara que la Directiva no contempla que constituya una discriminación indirecta de la mujer trabajadora que forma una familia monoparental el hecho de que solo tenga derecho a disfrutar de un solo permiso parental de cuatro meses.

2.- La impugnación del recurso formulada por la parte actora contiene una causa de inadmisión del escrito de impugnación que formula el INSS. En efecto, a juicio de la actora impugnante, el INSS en este trámite no podría adherirse al recurso formulado por el Ministerio Fiscal. Normalmente eso es así, en la medida que el impugnante del recurso solo puede solicitar la confirmación de la sentencia recurrida, pero no su revocación y su sustitución por otro fallo (STS 227/2002, de 9 de diciembre y SSTS de 15 de octubre de 2013, Rjud 1195/2013, de 18 de febrero de 2014, Rjud. 42/2013 y de 16 de diciembre de 2014, Rjud. 263/2013). Por consiguiente, no se podrá utilizar la impugnación del recurso para alterar el fallo de la sentencia, eludiendo la obligación de realizar los depósitos y consignaciones exigidos por los artículos 229 y 230 LRJS a quienes no gozan del beneficio de justicia gratuita. Sin embargo, las cosas son absolutamente diferentes cuando se trata del recurso formulado por el Ministerio Fiscal ya que la ley exige que se dé traslado del

mismo a las partes, no sólo para que puedan interesar la alteración de la situación jurídica resultante de la sentencia recurrida, sino también, para alegar lo que a su derecho convenga. Y así lo ha hecho la actora y también la demandada, con independencia de que a sus respectivos escritos les hayan denominado de impugnación. En consecuencia, tan legítimo es que la actora interese la desestimación del recurso del Ministerio Fiscal como que la demandada solicite lo contrario; por lo que no ha lugar a la inadmisión solicitada.

Respecto del fondo del asunto, la actora se opone a las infracciones denunciadas por el Ministerio Fiscal y sostiene argumentalmente los razonamientos de la sentencia recurrida que considera correctos y suficientes para el mantenimiento del fallo, exponiendo ampliamente que se encuentran amparados en doctrina judicial que cita. Sostiene, además, que la única interpretación adecuada para salvaguardar los intereses del menor y para evitar cualquier tipo de discriminación a la mujer es la mantenida por la sentencia recurrida.

3.- Como se avanzó, el escrito del INSS interesa la estimación del recurso formulado por el Ministerio Público y la consiguiente confirmación de la sentencia recurrida. Al efecto sostiene que la sentencia combatida se aparta del régimen legal establecido en nuestro ordenamiento jurídico que configura la prestación por nacimiento y cuidado del menor y que, por tanto, infringe los preceptos denunciados en el recurso; entiende igualmente que la sentencia recurrida no sólo inaplica unos preceptos cuya constitucionalidad no se ha puesto en cuestión, sino que quiebra el espíritu de la norma. Igualmente sostiene que en la legislación vigente ni hay incumplimiento de normativa internacional sobre protección del menor ni, tampoco, su aplicación conduce a una discriminación por razón de género, aportando al efecto argumentaciones jurídicas y datos estadísticos que, a su juicio, evidencian la inexistencia de discriminación.

TERCERO.- 1.- Como se anticipó al inicio de la fundamentación jurídica de esta resolución la pretensión que en este asunto se formula es el

reconocimiento a la única progenitora de un menor, a la que ya se le había reconocido la prestación correspondiente por nacimiento y cuidado del menor del derecho a disfrutar de una nueva prestación de tal naturaleza que le hubiera correspondido al otro progenitor. Como veremos, de inmediato, la solución que pueda darse a tal cuestión no sólo afectará al ámbito de las prestaciones contributivas de la Seguridad Social, sino que también producirá efectos en el ámbito de su relación contractual con el empleador, dado que para el disfrute de la prestación solicitada resultaría ineludible la ampliación de la duración de la suspensión del contrato prevista en el artículo 48.4 ET.

En efecto, en la LGSS, en el Título II sobre su régimen general y en el seno del Capítulo VI denominado “Nacimiento y cuidado del Menor”, el artículo 177, bajo el epígrafe de “situaciones protegidas” dispone literalmente: «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». Tal redacción se introdujo por el artículo 4.3 del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación. La justificación de dicha nueva redacción se efectúa en el preámbulo de la mencionada norma en los siguientes términos: «El artículo 4 contempla la adaptación de la normativa de Seguridad Social a las medidas previstas en la regulación laboral, redefiniendo las prestaciones a la luz de los nuevos derechos. De igual manera, se crea una nueva prestación para ejercicio corresponsable del cuidado del lactante conforme a las novedades introducidas tanto en el Estatuto de los Trabajadores como en el Estatuto Básico del Empleado Público. Por su parte, el artículo 7 contiene las adaptaciones necesarias para incluir estas prestaciones en la acción protectora del Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos de la Seguridad Social. En la medida que la redefinición de las prestaciones supone un aumento del gasto, la ampliación de la acción protectora se atenderá cuando fuera necesario con fondos procedentes del Estado para mantener la sostenibilidad del sistema de la Seguridad Social».

Se trata, por tanto, de una prestación contributiva de la que serán 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 artículo 48 ET, siempre que además del alta o situación legalmente asimilada, reúnan el período de carencia que se determina en el propio precepto; además, la cuantía de la prestación depende de las bases de cotización del interesado (artículo 179 LGSS) y su subsistencia durante el período de disfrute se condiciona a la no realización de otro trabajo por cuenta propia o ajena (artículo 180 LGSS). De lo que se deduce, por un lado, que es frecuente que en las familias biparentales solo uno de los progenitores pueda disfrutar de la prestación; y, por otro, que, en algunas ocasiones, el disfrute de la suspensión contractual del artículo 48.4 ET no lleva aparejado necesariamente el acceso a la prestación que se examina.

2.- Obviamente, interesa dejar constancia de algunos aspectos relevantes del mencionado apartado cuarto del artículo 48 ET, de cuyo tenor, resulta importante destacar a los presentes efectos lo siguiente: «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. ... La suspensión del contrato de cada uno de los progenitores por el cuidado de menor, una vez transcurridas las primeras seis semanas inmediatamente posteriores al parto, podrá distribuirse a voluntad de aquellos, 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. No obstante, la madre biológica podrá anticipar su ejercicio hasta cuatro semanas antes de la fecha previsible del parto. 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. Este derecho es individual de la persona trabajadora sin que pueda transferirse su ejercicio al otro progenitor».

También la redacción actual deriva del mencionado RDL 6/2019, de 1 de marzo y sobre la misma conviene destacar la equiparación de la duración de la

suspensión contractual entre ambos progenitores, así como la obligatoriedad de disfrute conjunto de las seis semanas posteriores al parto y la prohibición de transferencia del derecho entre progenitores, que se justificó, según el preámbulo de la norma por responder «a la existencia de una clara voluntad y demanda social. Los poderes públicos no pueden desatender esta demanda que, por otro lado, es una 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. De esta forma se da un paso importante en la consecución de la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres, en la promoción de la conciliación de la vida personal y familiar, y en el principio de corresponsabilidad entre ambos progenitores, elementos ambos esenciales para el cumplimiento del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres en todos los ámbitos».

Estamos en presencia de una suspensión del contrato de trabajo que, una vez producidas las exigencias normativas, opera *ope legis* y justifica, con independencia de la existencia o no de la prestación de Seguridad Social antes examinada, la cesación de las obligaciones mutuas básicas del contrato de trabajo –prestación de servicios y prestación salarial-, garantizando el derecho a la reincorporación al finalizar el período legalmente previsto de suspensión.

3.- Desestimar el recurso que examinamos y confirmar la sentencia recurrida implicaría varias consecuencias que interferirían sensiblemente en el orden normativo expuesto ya 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 período de cotización previa o del régimen jurídico de su propia concesión o subsistencia, alterando la configuración diseñada por el legislador. En segundo lugar, necesariamente, deberíamos modificar el régimen jurídico de la suspensión contractual por causa de nacimiento y cuidado de hijo que tan prolijamente establece el apartado 4 del artículo 48 ET, lo que, sin duda de clase alguna, afectaría al otro sujeto de la relación contractual que se vería obligado a soportar una duración mayor de la suspensión contractual prevista expresamente en la ley, lo que le afectaría en sus previsiones de sustitución o

de reorganización de la empresa y que, a salvo de una intervención normativa ulterior, no le eximiría del cumplimiento de las obligaciones de cotización en materia de Seguridad Social.

Una intervención de tal calibre dista mucho de lo que la organización constitucional del Estado encomienda a los jueces y tribunales. Su función es la aplicación e interpretación de la norma, pero no la creación del derecho. La intervención en el ordenamiento jurídico que exige una pretensión como la que se sostiene en el presente procedimiento sólo le corresponde al legislador, sin que la misma pueda ser suplida a través de resoluciones judiciales que vayan más allá de sus propias funciones jurisdiccionales, entre las que no se encuentran, desde luego, la modificación del régimen prestacional de la Seguridad Social, ni la modificación de la organización de la suspensión del contrato de trabajo por causas previstas en la ley, a través de la aplicación de criterios interpretativos concretos previstos legalmente que no se circunscriben a la aplicación de la norma en supuestos fácticos que, razonablemente, no parecen claramente delimitados en el ámbito de afectación de la norma interpretada.

CUARTO.- 1.- La expuesta y analizada normativa ni resulta contraria a la letra o al espíritu de la Constitución Española, ni se sitúa al margen de la normativa internacional, especialmente del derecho de la Unión Europea, ni resulta contraria a los acuerdos, pactos o convenios internacionales suscritos por España. Antes, bien al contrario, nuestra legislación es expresión de una voluntad normativa tendente al cumplimiento estricto y completo de los preceptos y principios constitucionales, adelantándose, incluso, a las previsiones contenidas en el Directiva de la UE 2019/1158 y resulta ser perfectamente compatible con las exigencias que derivan del resto de la normativa internacional. La discusión sobre si el sistema resultante de protección a las familias monoparentales es o no el mejor de los posibles excede con mucho de las funciones de los órganos jurisdiccionales que sí están obligados a comprobar el respeto y la adecuación del concreto régimen jurídico cuestionado a las exigencias de las normas nacionales o internacionales que pudieran condicionar la configuración legal.

En este sentido, el reconocimiento al único progenitor de una familia monoparental de la prestación por nacimiento y cuidado de menor que le hubiera correspondido al otro progenitor en supuestos en los que ya se le ha reconocido dicha prestación propia no resulta una exigencia que derive ni de la CE, ni de ninguna norma de la UE, ni de ningún acuerdo o tratado internacional ratificado por España.

2.- Por lo que respecta a la CE, hemos afirmado que según constante y reiterada doctrina constitucional, corresponde al legislador determinar el nivel y condiciones de las prestaciones a efectuar o las modificaciones para adaptarlas a las necesidades del momento. Así lo vino señalando el Tribunal Constitucional como se recuerda en su sentencia 75/2011 diciendo 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 (STC 65/1987, de 21 de mayo, FJ 17)». En definitiva, como advierte la propia STC 197/2003, de 30 de octubre, FJ 6 *in fine*, si bien la cobertura de las situaciones de necesidad de los colectivos sociales «es un ideal claramente deseable a la luz de los principios rectores de la política social y económica que nuestra Constitución asume en sus arts. 41 y 50 y que han de informar la legislación positiva -art. 53.3 CE-», sin embargo «este Tribunal Constitucional no debe interferir con decisiones singularizadas susceptibles de alterar el equilibrio económico financiero del conjunto del sistema, salvo que la diferencia de tratamiento controvertida esté desprovista de toda justificación objetiva y razonable (STC 184/1993, de 31 de mayo, FJ 6)».

Razones que refuerzan la tesis de que estamos ante la posible ampliación de la protección que el sistema otorga a un determinado colectivo –las familias monoparentales- cuyo alcance, e intensidad corresponde determinarlo al legislador; sin que esta Sala -ni ningún otro órgano judicial- pueda adoptar decisiones singularizadas que sustituyan, amplíen o restrinjan la configuración efectuada por legislador, mucho menos, si tales decisiones pueden

potencialmente afectar a la economía del sistema contributivo de protección social. Teniendo en cuenta, además, que, como razonaremos, la regulación vigente de la protección por nacimiento y cuidado del menor en este tipo de familias ni resulta contraria al principio de igualdad del artículo 14 CE, ni contraviene ningún principio constitucional, sin perjuicio de que de *lege ferenda* pudiera ser deseable que fuera mayor o más intensa, lo que, obviamente, también sería predicable para otros colectivos sociales.

3.- El análisis de la normativa internacional lleva al mismo resultado. Por un lado, no existe ningún precepto en el derecho de la Unión, ni en otras normas, pactos o acuerdos de carácter internacional suscritos y aplicables en España que directamente obligue a establecer un concreto o específico nivel de protección social a las familias monoparentales. Por otro lado, aunque es cierto que dichas normas y los principios que contienen aconsejan dedicar especial atención a colectivos que, objetivamente, puedan ser socialmente vulnerables, tales requerimientos están dirigidos al legislador que es quien tiene la capacidad y la responsabilidad de organizar el sistema de protección social con el alcance y la concreción de medidas que elija en atención a la delimitación de las necesidades que en cada momento considere más acuciantes y relevantes.

Así, por lo que respecta al derecho de la Unión, la normativa vigente en la materia cumple sobradamente con las exigencias de la Directiva 2019/1958, en cuyo preámbulo «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». Previsión del preámbulo que va dirigida específica y concretamente a los Estados, sin que, respecto a lo en ella contenido, se establezca una regulación común o mínima que obligue a los estados miembros ni que determine lo que al respecto puedan decidir y mucho menos condicione la interpretación que de la regulación estatal homologada con las previsiones de la Directiva tengan que realizar los órganos de justicia. A la

misma conclusión hay que llegar respecto a las previsiones de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) que contiene previsiones (artículo 21 –prohibición de discriminación-; artículo 24 – especial atención al interés del menor; artículo 33 –derecho de toda persona a un permiso pagado por maternidad y un permiso parental por nacimiento o adopción de un niño-), a las que la legislación española se adecúa perfectamente.

4.- Respecto de este último aspecto, el interés por la protección del menor, como principio que debe informar el ordenamiento jurídico y como criterio hermenéutico que debe ser utilizado por los Tribunales, conviene recordar que en toda la regulación de la prestación por nacimiento de hijo y cuidado del menor está, sin duda presente, la atención a ese singular interés, que no es el único al que debe atenderse; razón por la que el legislador, también ha prestado especial atención al principio de igualdad entre hombres y mujeres al confeccionar una normativa que, asimismo, tiene como finalidad lograr la corresponsabilidad entre ambos progenitores en el cuidado del menor. Al efecto, las fórmulas establecidas por el legislador tratan de cohonestar todos los intereses que deben considerarse en la regulación de tan delicada materia; y, en este ejercicio de ponderación, han considerado que el disfrute de los derechos de conciliación y la protección dispensada en estos casos eviten 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. En atención a todo ello, el legislador ha efectuado la ponderación de los derechos e intereses en juego que ha estimado más oportuna y conveniente, entre las muchas posibles, en función de los recursos financieros disponibles y en atención a la prioridad de las necesidades que un estado social y democrático de derecho tiene que atender. Sin que tal ponderación, cuyo resultado es la normativa vigente, pueda ser obviada por el intérprete y aplicador de la ley, si se tiene en cuenta que, como venimos reiterando, estamos en presencia de una regulación concreta que respeta la letra y el espíritu de la Constitución y el resto de normas internacionales aplicables. Razones todas estas que llevan a la conclusión de que la solución al conflicto no puede sostenerse, como hace la

sentencia recurrida, en la necesidad de tener en cuenta el interés del menor; no sólo porque no es el único en juego, sino porque 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.

QUINTO.- 1.- Hay que poner de relieve, asimismo, que la situación de la actora en el presente procedimiento no constituye el único modelo de familia monoparental existente; al contrario, es uno más de los múltiples supuestos que pueden dar lugar a la existencia de una familia monoparental, teniendo en cuenta, además, que algunas familias biparentales, en función del carácter contributivo de la prestación discutida, pueden encontrarse de facto en igual o peor situación que la de la reclamante. Si tenemos en cuenta la definición de familia monoparental que incorpora, entre otros, el artículo 182.3 b) LGSS –«la constituida por un solo progenitor con el que convive el hijo nacido y que constituye el sustentador único de la familia»-, caben varios tipos de familia monoparental. Sin ánimo de exhaustividad, es posible reconocer que en tal definición caben no sólo la que se configura por la demandante en este caso, también las familias monoparentales derivadas de la maternidad biológica por inseminación artificial, o la derivada de una gestación subrogada; la formada por adopción efectuada por un solo progenitor, la derivada de separación o divorcio, la derivada del fallecimiento de uno de los progenitores, etc. Al respecto, los datos estadísticos proporcionados por el INE revelan que las familias monoparentales como la del supuesto que nos ocupa, son únicamente el 15,8% de las que tal instituto califica como tales.

Ello abona a que, tampoco la interpretación con perspectiva de género, tantas veces aplicada ya por esta Sala, resulte determinante para la resolución del caso, puesto que como venimos reseñando, lo que se nos pide va más allá de

lo que significa “interpretar y aplicar el derecho” y se sitúa en el ámbito de su creación. Interpretar con perspectiva de género implica añadir un canon hermenéutico para la comprensión del derecho que consiste en rechazar cualquier inteligencia de la norma que conduzca a una discriminación de la mujer, utilizando, en cambio, las que conduzcan a erradicar cualquier situación de discriminación. No es necesario ahondar en las situaciones y supuestos en los que la Sala ha aplicado ese canon de interpretación que no cabe aplicar cuando el legislador, como es el caso, es consciente de la situación que regula y de las consecuencias de la misma y establece una normativa que tiende corresponsabilizar al varón en la educación y crianza de los hijos, como la fórmula elegida para corregir y evitar una discriminación ancestral de la mujer en este terreno que resultaba urgente remediar. No estamos en un supuesto en que quepa aplicar aquella visión porque no hay discriminación, sino ante un eventual déficit de protección concreto querido y consentido por el legislador.

2.- En efecto, el legislador –con independencia de las especialidades en materia fiscal y tributaria que no son del caso-, en materia de protección social no ha olvidado a las familias monoparentales, ya que en el supuesto especial en el que una mujer, en caso de parto, no tenga cotización mínima suficiente, se le conceden 42 días naturales de prestación que se incrementa en 14 días adicionales en los casos de familias monoparentales (artículo 182.3.b LGSS). Añadiéndose previsiones sobre prestaciones familiares no contributivas en supuestos de este tipo de familias (artículo 351.b LGSS).

Además, a juicio de la Sala, los datos disponibles revelan que estamos ante una situación conocida por el legislador que, por razones en las que no nos corresponde entrar, ha decidido de momento no intervenir para regular la situación que aquí se plantea. Ello sin perjuicio de que pueda realizarlo en cualquier caso cuando lo considere oportuno. Lo bien cierto es que, a la fecha de la deliberación de esta resolución, consta que el parlamento no ha aprobado una proposición de ley orientada a ampliar el permiso a 32 semanas en el caso de las familias monoparentales (B.O. Congreso de los Diputados de 14 de enero de 2022) y que, en fecha recientísima, el Senado ha desestimado por abrumadora mayoría una enmienda, la n.º 93, al Proyecto de Ley Orgánica

por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, consistente en la modificación del artículo 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”. (Diario Oficial del Senado de 8 de febrero de 2023).

SEXTO.- Las razones expuestas conducen a la estimación del recurso del Ministerio Fiscal y, en consecuencia, a casar y anular la sentencia recurrida, para resolver el debate en suplicación, desestimando el de tal clase y declarando la firmeza de la sentencia dictada en instancia. Sin que ello modifique la situación personal de la actora de este procedimiento que se mantendrá en los términos fijados en la sentencia recurrida. Y sin que la Sala deba efectuar pronunciamiento alguno sobre imposición de costas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 235 LRJS.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

- 1.- Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Ministerio Fiscal.
- 2.- Casar y anular la sentencia de fecha 6 de octubre de 2020 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el recurso de suplicación núm. 941/2020 y aclarada por auto de fecha 3 de noviembre de 2020.
- 3.- Resolver el debate en suplicación desestimando el de tal clase y, al efecto, declarar la firmeza sentencia de fecha 18 de mayo de 2020, dictada en autos 1015/2019, por el Juzgado de lo Social núm. 5 de Bilbao, seguidos a instancia

de Doña Z., contra la Tesorería General de la Seguridad Social y el Instituto Nacional de la Seguridad Social, sobre prestaciones.

4.- La presente resolución no afectará a la situación particular de Doña Z. creada por la sentencia que aquí se casa y anula.

5.- No efectuar declaración alguna sobre imposición de costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Voto particular que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. Ignacio García-Perrote Escartín a la sentencia dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina número 3972/2020, al que se adhiere la Magistrada Excma. Sra. D.^a Rosa María Virolés Piñol.

Primero. Preliminar.

1. Con el mayor respeto y consideración a las magistradas y magistrados firmantes de la sentencia dictada en el rcud 3972/2020, expreso en este voto particular las razones de mi discrepancia con dicha sentencia.

2. A mi juicio, la sala debería haber desestimado el recurso y confirmado la sentencia recurrida, sin que considere necesario manifestar ahora si la confirmación de dicha sentencia debería haber sido en su integridad o de forma parcial.

Como la deliberación se centró en si la afectada tenía o no derecho a la prestación de nacimiento y cuidado de hijo que solicitaba, llegando la mayoría de la sala a la opinión de que no lo tenía, no hubo lugar a debatir si, en caso

de tenerlo, dicho derecho debía tener la duración reclamada o una duración distinta a la reclamada y reconocida por la sentencia recurrida.

3. Las razones de mi discrepancia son principalmente las dos que expongo a continuación.

Segundo. El interés del menor, de obligada consideración primordial.

1. Creo, en primer lugar, que, en el caso que teníamos que resolver, es posible realizar una interpretación integradora de las normas aplicables, en base - especialmente- al interés superior del niño, que debe tener una consideración primordial, así como a la perspectiva de género con que debe realizarse dicha interpretación, habida cuenta de que, en nuestro caso, se trata de una familia monoparental en la que la afectada, la madre biológica, es la única progenitora.

2. Según voy a detallar mínimamente a continuación, nuestra Constitución, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, y nuestras leyes orgánicas de protección de niños y menores, establecen que el interés superior del niño debe tener una 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.

Y lo relevante es que en varias de estas normas se menciona expresamente a los tribunales.

Veámoslo.

a) La presencia en la Constitución (CE) de su artículo 39 (cuyo apartado 1 establece que «los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia», protección que obviamente se proyecta también sobre las familias

monoparentales), revela la relevancia constitucional de la protección de la familia, de los niños y de las madres.

A destacar que el apartado 4 del artículo 39 CE dispone que «los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos».

b) La protección de los niños es igualmente relevante para el derecho de la Unión Europea.

Utilizando una terminología más moderna, derivada de la Convención a la que haré referencia en el apartado siguiente, el artículo 24.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), texto este que, como se sabe, tiene el mismo valor que los Tratados, establece que «en todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial».

El artículo 24 CDFUE se titula «derechos del niño» y recoge ya las expresiones internacionalmente acuñadas de la consideración primordial que ha de tener el interés superior del niño.

Por su parte, el considerando (37) de la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo, «anima a los Estados miembros a que valoren si las condiciones y las modalidades detalladas de ejercicio del derecho al permiso parental ... deben adaptarse a necesidades específicas, por ejemplo, (entre otros supuestos, de) familias monoparentales».

A subrayar esta especial mención a las familias monoparentales y a que el permiso parental se adapte a sus «necesidades específicas».

c) Ya en el campo del derecho internacional, se debe hacer especial referencia a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, ratificada por España y publicada en el BOE de 31 de diciembre de 1990.

De este importante texto internacional, debe mencionarse su artículo 3.1, de conformidad con el cual, «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, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño».

Como puede comprobarse, el precepto menciona expresamente a los «tribunales», los cuales, en las medidas que adopten referidas a los niños, han de atender a la consideración primordial del interés superior del niño.

d) Descendiendo ya al derecho interno español, se debe hacer referencia a la Ley Orgánica 8/2015, de 20 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (en adelante, la Ley Orgánica 8/2015).

En lo que aquí interesa reseñar, la Ley Orgánica 8/2015 modificó la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, la Ley Orgánica 1/1996), para modificar la rúbrica del capítulo I del título I y su artículo 2 a fin de incorporar la expresión, precisamente, del «interés superior» del menor.

El artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, tal como quedó redactado por la Ley Orgánica 8/2015, dispone 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».

A destacar que el precepto reconoce el «derecho» del menor 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 a señalar, muy especialmente, que en la aplicación de la Ley Orgánica 1/1996 y en las medidas concernientes a los menores que adopten, entre otras

instituciones, los «tribunales», ha de primar el interés superior de los menores sobre «cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir».

Finalmente, el preámbulo de la Ley Orgánica 8/2015 afirma que el interés superior del menor, además de ser un «derecho sustantivo», es un «principio general de carácter interpretativo», de manera que, si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma, «se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor».

3. En definitiva, creo que es posible realizar una interpretación integrada de los artículos 177 y concordantes de la Ley General de la Seguridad Social y del artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores a la luz de los artículos: 39 CE; 24.2 CDFUE; 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor; así como del artículo 3 del Código Civil (CC).

Y, a mi juicio, esa interpretación integradora permite concluir que, en el presente y sin realizar mayores precisiones, la afectada tenía derecho a la prestación que pretende.

Tercero. Los precedentes de la sala basados en el interés superior del menor y su consideración primordial, así como en la perspectiva de género.

1. La segunda razón de mi discrepancia con la sentencia radica en que, en mi opinión, los precedentes de la sala sobre interpretaciones integradoras de prestaciones de seguridad anudadas a causas de suspensión del contrato de trabajo, que también voy a recordar brevemente, interpretaciones que se realizan en virtud del superior interés del menor, en unos casos, y con perspectiva de género, en otros, deberían haber llevado igualmente en el presente caso a reconocer a la afectada la prestación que reclama.

2. La sentencia de la que discrepo recuerda con toda razón la diferencia entre la función propiamente legislativa y la función judicial. Recuerda igualmente,

asimismo con toda razón, que la Seguridad Social es de configuración legal. Ambas cosas son ciertas, sin duda.

Pero me parece que ello no es incompatible con la realización de la interpretación integradora que preconizo, a la luz de las normas que he mencionado, en un caso en donde existe un acervo normativo tan consolidado que ha de llevar -también a los tribunales- a tener como consideración primordial el interés superior del menor.

Y, en todo caso, la sala ya ha realizado en precedentes ocasiones esa interpretación integradora de las normas laborales y de seguridad social aplicables para proyectarlas sobre supuestos no expresamente contemplados en dichas normas. Y la sala ha llevado a cabo esa interpretación integradora en base, precisamente, al interés superior del menor y a la perspectiva de género.

3. Mi discrepancia con la sentencia radica en que creo que también en el presente caso debería haberse hecho esa interpretación ya efectuada por la sala en precedentes ocasiones, que me parece tienen claras similitudes con el presente supuesto.

No he quedado convencido de por qué en esos otros supuestos sí era posible realizar esa interpretación integradora, de manera que se aplicaban prestaciones de seguridad social y causas de suspensión del contrato de trabajo a supuestos no expresamente previstos por el legislador y, sin embargo, en el presente caso no es posible hacer lo mismo.

4. Recuerdo brevemente a continuación en qué casos la sala ha reconocido el derecho a prestaciones de seguridad social y causas de suspensión a supuestos no expresamente previstos en las normas aplicables, como, a mi juicio, debería haberse hecho también en el presente caso.

La propia sentencia recurrida en el presente recurso se refiere expresamente a estos supuestos, mencionando, concretamente, las SSTS del Pleno 881/2016,

25 de octubre de 2016 (rcud 3818/2015), y 953/2016, 16 de noviembre de 2016 (rcud 3146/2014), y la STS 1005/2017, 14 de diciembre de 2017 (rcud 2859/2016).

a) La STS 881/2016, 25 de octubre de 2016 (rcud 3818/2015) concede las prestaciones de seguridad social solicitadas en un caso de «gestación por sustitución», porque, si bien la regulación legal y reglamentaria «omite la contemplación de estos supuestos, no es tan cerrada como para impedir su interpretación en el sentido más favorable a los objetivos constitucionales de protección al menor, con independencia de su filiación, y de conciliación de vida familiar y laboral».

Es especialmente destacable esta mención que la STS 881/2016, 25 de octubre de 2016 (rcud 3818/2015), hace a que la falta de regulación expresa no necesariamente impide la interpretación favorable a lo solicitado en base a los objetivos constitucionales de protección del menor.

b) También la STS 953/2016, 16 de noviembre de 2016 (rcud 3146/2014) concede las prestaciones de maternidad solicitadas en otro supuesto de «gestación por sustitución», llevando a cabo una interpretación «integradora» de las normas consideradas, «contempladas a la luz de la sentencia del TEDH de 26 de junio de 2014, en la aplicación que efectúa 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», así como «del artículo 14 y (del artículo) 39.2 CE, que dispone que los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos».

A señalar la interpretación integradora que preconiza la STS 953/2016, 16 de noviembre de 2016 (rcud 3146/2014), en base al interés superior del menor y la protección integral del hijo.

c) Finalmente, la STS 1005/2017, 14 de diciembre de 2017 (rcud 2859/2016), resume así la doctrina sentada por las SSTS 881/2016, 25 de octubre de 2016 (rcud 3818/2015), y 953/2016, 16 de noviembre de 2016 (rcud 3146/2014):

«1º) Las normas en materia de protección de la maternidad han de ser interpretadas a la luz del principio general del interés superior del menor que se integra en el núcleo familiar con el progenitor o progenitores que le prestan atención y cuidados parentales, conforme a lo establecido en el art. 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y al mandato del art. 39 (CE), relativo a la protección a la familia y a la infancia, designio que ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda exegética, así como de acuerdo a la “realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquella” (art. 3.1 CC).

2º) La suspensión de la relación laboral y el reconocimiento de la prestación por maternidad constituye un medio idóneo para preservar las especiales relaciones que median entre el padre/madre y el hijo durante el periodo posterior al nacimiento, por lo que esta situación ha de ser debidamente protegida en la misma forma que lo son la maternidad, la adopción y el acogimiento; con independencia de que la maternidad subrogada no figure como tal y de forma expresa en el elenco de situaciones previstas,...

A subrayar la mención que la sentencia hace a que el interés superior del menor y la protección de la familia y de la infancia han de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier «duda exegética», así como la apelación que hace a los criterios hermenéuticos del artículo 3.1 CC y a que la situación de maternidad subrogada debe ser protegida, aunque «no figure como tal y de forma expresa en el elenco de situaciones previstas.»

d) La doctrina de las sentencias mencionadas ha sido reiterada por varias sentencias posteriores, pudiendo citarse, entre las más recientes, las SSTS 277/2018, 13 de marzo de 2018 (rcud 2059/2016), y 347/2018, 22 de marzo de 2018 (rcud 2770/2016). Aunque la cuestión que resuelve es otra, también la STS 997/2022, 21 de diciembre de 2012 (rcud 3763/2019), menciona las sentencias a las que vengo haciendo referencia.

5. Pues bien, como he anticipado, no he terminado de entender bien por qué en esos otros supuestos sí era posible realizar una interpretación integradora, de manera que se aplicaban prestaciones de seguridad social y causas de suspensión del contrato de trabajo a supuestos no expresamente previstos por el legislador, y, sin embargo, en el presente caso no es posible hacer lo mismo.

Aquí radica mi discrepancia fundamental con la sentencia dictada.

6. Una última consideración sobre la interpretación con perspectiva de género.

A partir de la sentencia del Pleno de 21 de diciembre de 2009 (rcud 201/2009), esta sala ha procedido a aplicar el criterio de interpretación con perspectiva de género en, al menos, 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. 141/2018); 79/2020, 29 de enero de 2020 (rcud 3097/2017); 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).

A los efectos del presente recurso, lo destacable de la mayoría de las sentencias que se acaban de citar es que, por la vía de la interpretación con perspectiva de género, extienden la protección del sistema de Seguridad Social, y la percepción de las correspondientes prestaciones, a supuestos no expresamente contemplados por la normativa de seguridad social.

En efecto, las anteriores sentencias han extendido la protección del sistema de Seguridad Social, sin realizar ahora mayores precisiones, y entre otros supuestos, al extinguido régimen del SOVI a determinados efectos; al momento del ejercicio de la opción de la madre de cesión al otro progenitor; a las prestaciones en favor de familiares; al cómputo del periodo de realización del servicio social de la mujer; a la consideración como accidente no laboral (y no como enfermedad común) de las lesiones sufridas en el parto; a la pensión de viudedad de parejas de hecho, eximiendo del requisito de la unión y convivencia con el causante en el momento de su fallecimiento en casos de violencia de género; o, en fin, para calificar de profesionales las dolencias de una limpiadora de profesión, aun cuando la citada profesión no aparece en la enumeración de actividades que pueden generar enfermedad profesional.

Similar ausencia de previsión expresa ocurre en el presente caso.

Pero creo que la conclusión debía ser igualmente favorable a la concesión de la prestación reclamada por la afectada, no solo en virtud de la primordial atención al interés superior del menor, sino también porque la perspectiva de género refuerza la conclusión anterior.

En el presente supuesto, la afectada es mujer, la madre biológica, y consta que es la única progenitora.

La sentencia -voto mayoritario- no contiene justificación ni razonamiento alguno del porqué en el presente caso se aparta de la doctrina establecida por nuestra propia sala IV ante la concurrencia de una ausencia de previsión legal expresa, tanto en los supuestos antes relacionados como en el presente.

A ello cabe añadir que el principio de integración de la dimensión de género obliga a jueces y tribunales a incorporar la perspectiva de género en el ejercicio de la potestad jurisdiccional atribuida por el artículo 117. 3 CE.

Cuarto. Otras consideraciones adicionales.

1. Las razones expuestas en los anteriores apartados segundo y tercero son las que principalmente sustentan mi discrepancia con la sentencia dictada en el presente recurso.

No obstante, me parece que puede ser de interés hacer algunas consideraciones adicionales.

2. La primera de ellas es sobre la progresiva configuración, siempre en sentido ampliatorio, de las prestaciones de la seguridad social, así como de las causas de suspensión a ellas anudadas, en supuestos similares a los que aquí estamos considerando.

Según se van detectando vacíos, o insuficiencias, en la protección, se procede a reformular las previsiones legales, para superar esas deficiencias. Pero el caso es que, me parece que en no pocas ocasiones, han sido los tribunales los que, en base precisamente a interpretaciones integradoras, han superado

inicialmente esas insuficiencias protectoras, sentando criterios que luego son recogidos, lógicamente de forma más completa y detallada por el legislador.

Por otra parte, también la intervención legal se produce frecuentemente sobre aspectos específicos que se consideran apremiantes (de ahí la utilización de la figura del Real Decreto-ley), dejando para más adelante la contemplación integral de los supuestos y de las situaciones protegidas.

Me parece que este fue precisamente el caso con el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

Esta norma intervino para atender dos cuestiones esenciales en las familias biparentales, y lo hizo desde la perspectiva de la igualdad entre hombres y mujeres. En primer lugar, para igualar la duración de la suspensión del contrato y de la prestación de la seguridad social de ambos progenitores; y, en segundo término, para impedir que, por la vía de la transferencia o cesión del permiso a la madre biológica, el otro progenitor huyera, por así decirlo, de su corresponsabilidad en el cuidado del hijo.

Pero el Real Decreto-ley 6/2019 no se ocupó de las familias monoparentales, pues ninguna de las dos preocupaciones y finalidades que le guiaban tiene sentido ni es aplicable a las familias monoparentales como las del presente supuesto.

3. La segunda y última consideración que quiero hacer es sobre el rechazo parlamentario que la sentencia de la que disiento constata que ha ocurrido recientemente con la proposición de ley y con la enmienda que menciona.

No niego que el argumento está bien traído. Pero me parece, con todo, que no es decisivo.

Ese rechazo se puede deber a plurales causas, que pueden ir desde razones de técnica legislativa que dificulten el encaje de la enmienda en el proyecto en

el que pretende insertarse, a la vista del objeto de este último; o a la dinámica parlamentaria, que desde luego no nos corresponde valorar, que lleva a apoyar únicamente determinadas iniciativas, en razón de cuál sea el grupo parlamentario que las promueve, en detrimento de otras, especialmente cuando, como pudiera ser aquí el caso, están tramitándose proyectos de ley relacionados con las familias.

Madrid a 2 de marzo de 2023