

La protección de las familias monoparentales: ¿es la acumulación judicial de permisos una solución en derecho?

A propósito de la **Sentencia del Juzgado de lo Social número 1
de Las Palmas de Gran Canaria 399/2022, de 29 de julio**

María José Andrade Santana

*Jueza sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Canarias/Las Palmas
Profesora asociada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria (España)
mariajose.andrade@ulpgc.es*

Extracto

El comentario analiza las diversas posiciones judiciales en torno a la duración del permiso por nacimiento en las familias monoparentales, 16 semanas de un progenitor o 32, acumulando el permiso como si existiesen dos progenitores. En espera de una debida reforma legal, los pronunciamientos judiciales asumen criterios opuestos. El núcleo central del debate reside en si existe discriminación de la madre monoparental frente a la biparental y/o, en su caso, de la persona menor cuidada, interpretando el artículo 14 de la Constitución española en clave de la Convención sobre los Derechos del Niño. Finalmente, se da cuenta de algún aspecto procesal, importante para la efectividad de la tutela judicial («juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado»). Y ello porque las sentencias favorables a acumular los permisos presentan ciertos inconvenientes para su ejecución.

Palabras clave: prestación nacimiento; familia monoparental; duración; discriminación; cuidado de menor; interés superior de la persona menor; cuestiones procesales.

Recibido: 12-12-2022 / Aceptado: 12-12-2022 / Publicado: 04-01-2023

Cómo citar: Andrade Santana, M. J. (2023). La protección de las familias monoparentales: ¿es la acumulación judicial de permisos una solución en derecho? A propósito de la Sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de Las Palmas de Gran Canaria 399/2022, de 29 de julio. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 472, 198-205. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.10277>

The protection of single parents: is the judicial accumulation of permits a solution in law?

Regarding Social Court Ruling Num. 1
of Las Palmas de Gran Canaria 399/2022, of 29 July

María José Andrade Santana

*Jueza sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Canarias/Las Palmas
Profesora asociada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria (España)
mariajose.andrade@ulpgc.es*

Abstract

The commentary analyzes the various judicial positions regarding the duration of birth leave in single-parent families, 16 weeks for one parent or 32, accumulating the leave as if there were two parents. Pending due legal reform, judicial pronouncements assume opposite criteria. The central nucleus of the debate resides in whether there is discrimination of the single-parent mother against the two-parent mother and/or, in her case, of the minor person cared for, interpreting article 14 CE in code of the Convention on the Rights of the Child. Finally, some procedural aspect is reported, important for the effectiveness of judicial protection ("judging and having the judged executed"). And this because the judgments favorable to the accumulation of permits present certain inconveniences for their execution.

Keywords: birth benefit; single-parent family; duration; discrimination; childcare; best interests of the child; procedural issues.

Received: 12-12-2022 / Accepted: 12-12-2022 / Published: 04-01-2023

Citation: Andrade Santana, M. J. (2023). The protection of single parents: is the judicial accumulation of permits a solution in law? Regarding Social Court Ruling Num. 1 of Las Palmas de Gran Canaria 399/2022, of 29 July. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 472, 198-205. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.10277>

1. Marco normativo: el artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores, ¿una discriminación por indiferenciación o una discriminación indirecta por razón de sexo?

Como es bien conocido, el [artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores](#) (ET) establece un supuesto de suspensión del contrato de trabajo por situaciones de parto y cuidado de la persona menor (hasta los 12 meses) de 16 semanas para la madre biológica. Las 6 semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto son obligatorias y se deben disfrutar a jornada completa, con el objeto de asegurar la protección de la salud de la madre. En el caso del progenitor distinto de la madre biológica, equipara las 16 semanas, con la obligatoriedad también de las 6 semanas, a jornada completa, ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto, haciéndolas coincidir con la madre, si bien en este caso la finalidad asignada es el cumplimiento de los deberes de cuidado previstos en el [artículo 68 del Código Civil](#). Expresamente, el [Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo](#), derogó la regla que permitía transferir el periodo de descanso de la madre biológica al otro progenitor que venía regulado en el [artículo 48.4 del ET](#) (familia monoparental, encabezada por el otro progenitor –padre–, sobrevinida por la muerte de la madre biológica), a fin de reforzar su carácter individual e intransferible.

Para cubrir adecuadamente en el plano económico este tipo de situaciones suspensivas, el [artículo 177 de la Ley general de la Seguridad Social](#) (LGSS) garantiza una renta sustitutiva, a cargo del sistema de Seguridad Social (subsidio por nacimiento y cuidado). Estas prestaciones sociales tienen carácter contributivo, salvo la situación muy especial prevista para las trabajadoras menores de 21 años (modalidad no contributiva, con una duración de 42 días naturales; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia –STSJ– de [Castilla-La Mancha 1692/2016, de 15 de diciembre](#)).

Como recientemente recordaba la [STSJ de Madrid 886/2022, de 5 de octubre](#), estos preceptos no hacen ninguna distinción entre los diferentes tipos de unidades familiares. La figura de la familia monoparental queda silenciada. El problema jurídico surgido y que genera una extraordinaria divergencia de posiciones judiciales, a falta de casación, es discernir si estamos ante una discriminación por indiferenciación (se da el mismo trato a todas las unidades familiares, sin atender a la singularidad de las monoparentales, con especiales dificultades para la conciliación de su vida laboral y familiar), que la doctrina constitucional española no considera que pueda utilizarse como canon para enjuiciar y/o interpretar las leyes, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos, o, en

cambio, si se trata de una discriminación indirecta por razón de género, dado que la mayoría de estas familias se encabezan por mujeres.

En virtud del [artículo 14 de la Constitución española](#) (CE), en el primer caso, la función jurisdiccional no podría suplir la –eventual– laguna jurídica, siendo función exclusiva de la ley (que ahora está en su tramitación parlamentaria); en el segundo, en cambio, sí correspondería a la vía interpretativa corregir esa discriminación indirecta en virtud de los [artículos 9.2 y 14](#) de la CE, así como los [artículos 4 y 15](#) de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Incluso cabría traer a colación el juicio de convencionalidad ex [artículo 96 de la CE](#) del [artículo 48.4 del ET](#) respecto de la [Convención sobre los Derechos del Niño](#), poniendo el énfasis en el «interés superior del menor».

2. Supuesto de hecho: síntesis del relato fáctico

En este caso, la actora es madre que encabeza una familia monoparental, a la que se reconoció el derecho a la prestación de nacimiento y cuidado de 16 semanas. Sin embargo, la mujer reclama 32 semanas, por acumulación del que le correspondería de ser una familia biparental. Denegada la pretensión por la entidad gestora, al entender que el supuesto de acumulación de permisos no está previsto en nuestro derecho, acude a la jurisdicción social, pretendiendo las 32 semanas, por considerar que, de no ser así, se la estaría discriminando indirectamente por razón de género, así como a su hijo en relación con los/las hijos/as de las familias biparentales. La mercantil demandada se opone, manifestando que el [artículo 48.4 del ET](#) hace referencia a un derecho individual y que, por tanto, no puede ser transferido al otro progenitor, sin que pueda hacerse una interpretación extensiva del mismo.

3. Doctrina judicial: razones jurídicas para la desestimación de la demanda

La sentencia analizada desestimará la pretensión de la trabajadora. Y ello por varias razones. En primer lugar, atendiendo a la naturaleza de estos permisos, que no solo son individuales, sino intransferibles. En segundo lugar, de las 16 semanas del otro progenitor, 6 deberán ser disfrutadas de forma conjunta con la madre, por obligatorias y de disfrute ininterrumpido posterior al parto. En tercer lugar, el otro progenitor en las familias biparentales para poder disfrutar de la prestación debe reunir una serie de requisitos regulados en la LGSS, al tratarse de una prestación contributiva; y de no darse el cumplimiento, el progenitor no tendrá derecho al disfrute de la prestación.

4. Trascendencia de la doctrina más allá del caso: análisis crítico de cuestiones sustantivas y procesales

4.1. Una posición judicial desfavorable a la acumulación de permisos que gana presencia en las doctrinas de suplicación social

El principal interés de esta decisión de instancia social es que se alinea con aquellas decisiones jurisdiccionales que rechazan la acumulación de permisos en estos casos, lo que, hasta hace poco tiempo, constituía una posición hermenéutica minoritaria. Bien sabido es que, inicialmente, los primeros juzgados y tribunales superiores de justicia en pronunciarse acogieron una posición favorable maximalista, esto es, reconocieron el derecho de las madres monoparentales a la acumulación de ambos permisos, de una forma íntegra. Por tanto, se reconocían 32 semanas de permiso de nacimiento.

En esta dirección destacaron, por el fervor con que acogieron la tesis cumulativa, aplicando la doble perspectiva de género y de infancia, las jurisdicciones de suplicación social del País Vasco (con su temprana, pionera y referencial [Sentencia de 6 de octubre de 2020, rec. 941/2020](#) –reiterada el [5 de octubre de 2021, rec. 1323/2021](#)–) y de Galicia (interesantes síntesis de posiciones en las SSTSJ de [Galicia 5039/2022, de 9 de noviembre](#), y de [Aragón 718/2022, de 10 de octubre](#), que otorga 16 semanas íntegras del otro progenitor). Más recientemente, entre las doctrinas de suplicación favorables a esta acumulación se ha abierto una posición más matizada, en la que ya no se postula el reconocimiento de 32 semanas, sino solo de 26, es decir, las 16 propias de la progenitora monoparental y las 10 no obligatorias propias del otro progenitor (en caso de que hubiese existido). Entre estas decisiones judiciales podemos citar la [STSJ de Madrid 939/2022, de 28 de octubre](#), que considera que:

[...] la ampliación a 32 semanas del periodo de suspensión en el caso de las familias monoparentales comportaría una diferencia de trato injustificada respecto de las familias biparentales que, en el supuesto de alternancia en su disfrute por los progenitores, gozan de 26 semanas no coincidentes para la atención y cuidado a jornada completa de su hijo.

Ante el trato peyorativo de los hijos de familias monoparentales que resulta de la interpretación que hace la entidad gestora, la solución adoptada pretende evitar que sean discriminados, sin justificación objetiva y razonable, respecto de los nacidos en una familia biparental. Ahora bien, el principio de igualdad no puede servir de cobertura para establecer un régimen más favorable para los primeros, dando origen a una situación privilegiada y discriminatoria, contraria a la finalidad a la que obedece [...] y carente de sustento jurídico (FJ 3.º II)¹.

¹ También las SSTSJ de [Cataluña 5362/2022, de 17 de octubre](#), y de [Cantabria 702/2022, de 14 de octubre](#).

Con el tiempo, sin embargo, se ha ido también abriendo camino la hermenéutica de quienes rechazan la acumulación de permisos, ni íntegra ni parcialmente, porque la pretendida discriminación indirecta por razón de género a la mujer y directa respecto de hijos/as de familias biparentales sería más aparente que real. Además, entraría en contradicción con la propia dimensión contributiva de estos permisos. Sería el caso de la citada [STSJ de Madrid 886/2022, de 5 de octubre](#), que tiene la virtualidad de reflejar el proceso de reflexión compleja, y errática, de esta cuestión en la sala:

Pues bien, de una reconsideración de la cuestión [...] llegamos a la conclusión contraria a la que sostuvimos con anterioridad y por ello vamos a cambiar el criterio, sin perjuicio del derecho de la parte a acudir a la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en petición de una doctrina unificada para todo el territorio español.

En esta misma dirección excluyente se sitúan las SSTSJ de Asturias de [22 de febrero de 2022 \(rec. 2907/2021\)](#) y [25 de enero de 2022 \(rec. 2534/2021\)](#). También la [STSJ de la Comunidad Valenciana de 19 de octubre de 2021 \(rec. 1563/2021\)](#) y la [STSJ de Navarra 177/2022, de 19 de mayo](#).

La citada sentencia de la sala valenciana enfatiza no solo que se trataría de un derecho personal e intransferible y la necesidad del cumplimiento por el progenitor distinto de la madre de una serie de requisitos (afiliación a la Seguridad Social, en alta o en situación asimilada; periodo mínimo de cotización); argumentos típicamente de legalidad ordinaria. Al tiempo, y ya en clave constitucional, rechaza la existencia de una supuesta vulneración del teóricamente pretendido «derecho de la persona menor de las familias monoparentales a ser cuidada en condiciones de igualdad frente a las biparentales», mientras que sí apunta la hipótesis contraria, la eventual discriminación en el seno de las familias biparentales, que podrían carecer del doble permiso cuando no concurren los requisitos contributivos. Asimismo, tampoco es cierto que, para las unidades familiares biparentales, la persona menor cuidada disponga de 32 semanas de cuidados, pues, como advierten las sentencias favorables a la acumulación parcial, realmente el disfrute sería de 26 semanas.

Además, en el supuesto en el que el padre no haga uso de las 10 semanas restantes, no podrá cederlas a la madre. Por lo tanto, las madres no pueden cuidar del menor más de 16 semanas. Lo que generaría el apuntado trato desigual peyorativo en contra de las biparentales, si se le diera a la madre, por ser familia monoparental, todo el propio del otro progenitor, en detrimento de la madre que, aun teniendo al otro progenitor, este, o bien no reúne los requisitos para acceder a la prestación y, por tanto, no tendrá derecho a esas semanas para el cuidado del menor, o decide no usar ese otro periodo. Los supuestos en que estos agravios contra las familias biparentales se pueden producir son múltiples.

Por lo tanto, tampoco desde la perspectiva más novedosa del primado del interés del menor existiría esa discriminación. Este debe ser el mismo, el cuidado de su madre a las 16

semanas, que no se pueden confundir con las del otro progenitor, toda vez que las 10 semanas del padre que no quiere hacer uso de ellas no se le ceden. En suma, el interés del menor está equiparado para ambos supuestos, familias monoparentales y biparentales, limitándose el cuidado del menor por su madre a las 16 semanas de las que pueden disfrutar en igualdad de condiciones todos los hijos con sus respectivas madres. Distinto planteamiento se podría dar de ser obligatorias las 16 semanas del padre para el cuidado del menor, buscando ciertamente la corresponsabilidad. Pero dado que en la actualidad puede no disfrutarlas y no puede cederlas, no puede existir un trato desigual al menor con un padre que existiendo, por distintas situaciones, no cuidara del menor, y la madre no puede exigir cuidarlo en su lugar. Contrariamente, en el caso de la madre monoparental se le permitiría acceder a la acumulación por vía jurisdiccional, excediendo las semanas que en su totalidad no tendría ningún menor con sus progenitores –32 semanas–; y más de 16 semanas para cuidar al menor, que ninguna madre puede disfrutar con su descendiente. Como advierte el TSJ de Madrid, una aplicación integrista del principio de no discriminación de las familias monoparentales puede generar situaciones desiguales para las biparentales. Y ello al margen, pero esto es una decisión legal, de la conveniencia de que en todos los casos fuesen 32 semanas.

4.2. La situación de doctrinas judiciales contradictorias en la sala canaria de Las Palmas

La comunidad de Canarias, al menos en la provincia de Las Palmas, reproduce en su seno las contradicciones arriba esbozadas en torno a este asunto. A falta de un –ya anunciado– próximo pronunciamiento de la sala de suplicación, los juzgados de lo social mantenemos posiciones contrarias. Incluso si se estima la demanda, se ofrecen soluciones diferentes:

- El Juzgado de lo Social número 10 (Sentencia de 18 de octubre de 2021, proc. 540/2021) estimó que procedían 10 semanas adicionales.
- El Juzgado de lo Social número 7 (Sentencia de 5 de octubre de 2022, proc. 757/2022), la totalidad (16 semanas).

Para la sentencia comentada no proceden ni la acumulación íntegra ni la parcial, como se dijo. No estamos ante un trato desigual que genere una discriminación por razón de sexo injustificada a situaciones igualitarias, sino ante una indistinción legal de situaciones diferenciadas, lo que pudiera generar una crítica *de lege ferenda*, porque la ley no dé los tratamientos adecuados en cada situación diferencial, pero que en modo alguno puede imponerse por vía interpretativa. Al respecto, hay que recordar, como se ha razonado en el epígrafe anterior, que hay más de una situación diferencial, y que algunas de ellas perjudican, o pueden hacerlo, a las familias biparentales. En este sentido, no pueden ser indiferentes ni las decisiones de libre constitución de un tipo de unidad u otro, aunque todas merezcan igual protección, por supuesto, como quiere el nuevo proyecto de ley, ni la diversidad de finalidades

de la actual regulación: para la madre, la conciliación y la protección de su salud; para el padre, crear el vínculo con el menor, fomentar la corresponsabilidad. La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo es inequívoca al respecto (por ejemplo, [Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2022, rec. 906/2019](#), que deniega la pretensión del padre que reclama el derecho al permiso de paternidad, tras un parto a un bebé sin vida). Así se orienta también cierta doctrina de suplicación social (por ejemplo, [STSJ de La Rioja de 13 de octubre de 2022, rec. 179/2022](#)), siguiendo en buena medida lo ya defendido por la doctrina científica, al menos por cierto sector crítico con las posiciones iniciales favorables, de forma indiscriminada, y no demasiado reflexiva, a la acumulación íntegra sin más ([Molina Navarrete, 2021](#)).

4.3. Una dimensión olvidada: problemas de ejecución procesal

En otro orden de cosas, en el ámbito procesal, el primer planteamiento debe ser la debida constitución de la litis, existiendo un litisconsorcio pasivo necesario con la mercantil o entidad empleadora. Y ello porque deberá formar parte del proceso, cuando espera la incorporación de la trabajadora quien tenía el contrato suspendido y se va a prorrogar 10 o 16 semanas. De no llamarla al proceso, siendo evidente el interés, puede dar lugar a inconvenientes que se agravan en la ejecución si se estima la demanda: es la empresa, no la entidad gestora, quien debe modificar el código del contrato de trabajo a la situación de suspensión –para el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la actora se encuentra en alta laboral, transcurridas las 16 semanas–.

Asimismo, con respecto a la solicitud de medida cautelar planteada en la instancia, al solicitar en la demanda que se estime la pretensión de la actora de continuar disfrutando de las 16 semanas del otro progenitor, en tanto no recaiga sentencia firme, la misma ha de correr suerte desestimatoria. Y ello porque no reúne en tal caso los requisitos exigibles, implicando su estimación adelantar el fallo de la sentencia, sin perjuicio de acceder a la solicitud de señalamiento preferente, para que no carezca de objeto y quede huérfana de tutela judicial efectiva. Se trata de una potestad del tribunal ante una situación necesaria. Sería el caso del Auto del TSJ de Canarias/Las Palmas 1960/2022, de 9 de noviembre, en el que se desestima la medida cautelar. En el supuesto ya fue estimada parcialmente la demanda en la instancia, reconociendo las 26 semanas –añaden 10–, y pretendiendo la actora a través de la medida cautelar las 6 semanas restantes de su pretensión principal. En este asunto, la sala canaria consideró que no hay un indicio de pronunciamiento favorable (el denominado requisito de apariencia de buen derecho), denegando la medida cautelar.