

Permisos por nacimiento y recelo comunitario de acumularlos en la mujer: ¿y si elige ser familia monoparental?

Comentario a la [Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de noviembre de 2020, asunto C-463/19](#)

Cristóbal Molina Navarrete

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Jaén*

Extracto

El derecho de la Unión Europea permite que las leyes nacionales y los convenios colectivos reconozcan permisos adicionales a los permisos legales de maternidad. Sin embargo, la acumulación de estos permisos puede tener efectos contrarios a la protección de la maternidad que buscan y perjudicar, en cambio, la posición de las mujeres en el mercado de trabajo. Estos desequilibrios de género en las políticas de conciliación de la vida laboral y familiar pueden ser mayores en los casos de familias monoparentales, la mayoría de ellas constituidas por mujeres.

Palabras clave: permiso de maternidad; igualdad de género; protección de la infancia; familias monoparentales; conciliación de la vida laboral y familiar.

Cómo citar: Molina Navarrete, Cristóbal. (2021). Permisos por nacimiento y recelo comunitario de acumularlos en la mujer: ¿y si elige ser familia monoparental? Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de noviembre de 2020, asunto C-463/19. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 454, 164-178.

Permissions by children and community caution to accumulate them in women: what if you choose to be a monoparental family?

Commentary on the judgment of the Court of Justice of the European Union of November 18, 2020, case C-463/19

Cristóbal Molina Navarrete

Abstract

European Union law allows national laws and collective agreements to recognize leave in addition to legal maternity leave. However, the accumulation of these leaves can have effects contrary to the protection of the maternity that they seek and damage, instead, the position of women in the labor market. These gender imbalances in the policies for reconciling work and family life are more serious in the cases of single-parent families, most of them made up of women.

Keywords: maternity leave; gender equality; child protection; single parent families; reconciliation of work and family life.

Citation: Molina Navarrete, Cristóbal. (2021). Permissions by children and community caution to accumulate them in women: what if you choose to be a monoparental family? Commentary on the judgment of the Court of Justice of the European Union of November 18, 2020, case C-463/19. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 454, 164-178.

[...] claro que la soledad no viene sola/si se mira por sobre el hombro mustio/de nuestras soledades/se verá un largo y compacto imposible/un sencillo respeto por terceros o cuartos/ese percance de ser buena gente/después de la alegría/después de la plenitud/después del amor/ viene la soledad [...].

M. Benedetti (*Soledades*)

1. Los marcos normativos: evolución del derecho comunitario e inercias y cambios de los ordenamientos nacionales

En el [asunto comunitario objeto de este análisis](#), en sí mismo y en algunas proyecciones más recientes de actualidad a fin de favorecer un modelo más corresponsable de conciliación de la vida laboral y familiar, en sus doctas y vibrantes [conclusiones](#), presentadas el 9 de julio de 2020, el abogado general (Michal Bobek) llamaba así a una renovación dentro de la tradición:

[...] sin ánimo de cuestionar el hecho de que los niños [y las niñas, añádase] pequeños necesitan una especial atención y protección, y que en general mantienen un vínculo especial con su madre. Sin embargo, el principio de igualdad de trato exige que la ley permita a cada familia elegir la forma de repartir las responsabilidades y funciones de criar a un hijo más allá del periodo del permiso de maternidad [...] (apdo. 68).

Las [conclusiones](#), por momentos de estilo lírico (por ejemplo, «Paso a la edad adulta de la jurisprudencia Hofmann»; evitemos interpretar de tal modo los criterios jurisdiccionales del pasado de tal modo que terminen convertidos «en una profecía que propicia su propio cumplimiento», etc.), asumen que ha llegado la hora de la renovación, de la actualización, de la comprensión hermenéutica precedente para facilitar el tránsito hacia un nuevo modelo de conciliación de la vida laboral y familiar. Y ello en una doble dirección, a mi entender:

- a) En la de dar practicidad en la vida social a la finalidad normativa (ambiciosa) de corregir el tradicional reparto de las responsabilidades entre ambas personas progenitoras, de modo que no recaiga prevalentemente sobre las mujeres (modelo de conciliación corresponsable).

En este sentido, matizando la afirmación del TJUE en su «doctrina Hofmann» (Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas –[STJCE de 12 de julio de 1984, C-184/83](#), apdo. 25), según la cual el objeto de las directivas entonces vigentes no era «regular las cuestiones relativas a la organización de la familia o modificar el reparto de responsabilidades dentro de la pareja», las [conclusiones](#) de la Abogacía General, aun asumiendo prudentemente –en exceso– que «quizás no se trate de cambiar una tradición por otra», afirman que, en cualquier caso, al menos, es exigible «un cierto margen de elección para que padres y madres tomen este tipo de decisiones» (apdo. 55). Precisamente, a través de la promoción de esa libertad real de elección no solo se lograría suprimir, o al menos reducir, «en la medida de lo posible, los incentivos [...] que petrifican en la legislación ciertas convenciones socialmente establecidas», sino también se corregirían «los estereotipos de género».

- b) En la de desplazar el eje principal de las medidas de garantía y promoción de tal modelo de conciliación corresponsable desde la técnica del alargamiento de los permisos, o de reducción de jornada (por ejemplo, Sentencia del TJUE –[STJUE de 30 de septiembre de 2010, asunto C-104/09, Roca Álvarez](#)), hacia la de la adaptación razonable de la organización del trabajo a fin de favorecer un modelo de conciliación útil con el menor coste posible –económico y profesional–. Y ello tanto en aras de la igualdad de resultados de género cuanto de la mejor protección de la infancia (no agotada en la primera etapa de vida), sin perjuicio de la necesidad de servicios –sociales y empresariales– de apoyo ([STJCE de 19 de marzo de 2002, asunto C-476/99](#)).

Esta segunda dimensión del cambio de modelo de conciliación hacia la corresponsabilidad propuesto por el [asunto aquí analizado](#) (con más convicción las [conclusiones](#), con una prudencia aquí excesiva –y contraproducente– el TJUE, como veremos) no está explícita en este caso, por el objeto que sirve a la reflexión más general (las políticas nacionales, en especial a través de la negociación colectiva, de acumulación de permisos en la mujer, sumando al de maternidad legal otros adicionales convencionales), pero subyace claramente, a mi juicio, en todo el razonar. Y ello en la medida en que, de un lado, pone de relieve la evolución del marco legislativo europeo, pasando de la inexistencia de armonización alguna en el tema de la conciliación a una dimensión no solo «constitucional» de la misma (por ejemplo, art. 31 [Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#) –CDFUE–), sino también de derecho derivado: [Directiva 2019/1158/UE](#) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio (relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores –con lenguaje de género inclusivo debería ser «de las personas progenitoras

y cuidadoras»-). Esta regulación no solo evidencia la distinción entre permisos parentales (art. 5), permisos de maternidad y permiso de paternidad (art. 4), a fin de fomentar la igualdad entre personas progenitoras, sino también la necesidad de las «fórmulas de trabajo flexible» (art. 9). De otro, el favor por la libertad real de elección de cada persona cuidadora.

Esta evolución legislativa de la UE hacia el reconocimiento de la igualdad entre el hombre y la mujer en su papel de personas cuidadoras con «situaciones comparables», yendo más allá de la etapa de mejora solo de los permisos de maternidad ([Directiva 2006/54/CE](#) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio, relativa al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, en relación con la [Directiva 92/85/CEE](#) del Consejo, de 19 de octubre, relativa a la mejora de la seguridad y de la salud de la trabajadora embarazada –décima directiva específica–), y que incluso se reflejará en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sobre el artículo 8 (derecho a la vida privada, con perspectiva de tutela del interés superior de la persona menor) del [Convenio Europeo de Derechos Humanos](#), también halla reflejo en el ámbito del derecho social universal. Sería el caso, por ceñirnos al objeto de nuestro comentario, de la [Convención sobre los Derechos del Niño](#) (el lenguaje inclusivo de género tampoco parece el fuerte de esta norma) de la ONU (1989: entró en vigor de forma general el 2 de septiembre de 1990 y para España el 5 de enero de 1991). En apretada síntesis, esta norma civil internacional asocia el interés superior de la persona menor (art. 3) a la maximización de su bienestar atendiendo, entre otros, al reconocimiento, a fin de asumir «ambos padres» sus «obligaciones comunes en la crianza y desarrollo del niño» (art. 18), de derechos a prestaciones de Seguridad Social para su crianza considerando las circunstancias –la situación y recursos– de la persona menor cuidada y de las cuidadoras (art. 26).

Vemos, pues, que ambos marcos internacionales presuponen la corresponsabilidad de dos personas progenitoras en el derecho-deber (trabajo no remunerado empresarialmente) de cuidar. No obstante, las realidades de la unidad familiar actuales son mucho más complejas. La libertad de elección de la que parte la Abogacía General en el [asunto comunitario de referencia](#) también puede implicar, precisamente, la opción de prescindir de «otro progenitor», bien de inicio (elección de criar «en soledad») bien sobrevenida (decisiones de ruptura de la pareja) y, en consecuencia, el cuidado debe hacerse por «una persona sola». En estos casos, el desequilibrio en el diseño de las políticas sobre conciliación entre hombres y mujeres aumenta, agravando no solo los estereotipos de género, sino también las desigualdades de protección a la infancia según unas opciones –presuntamente libres– u otras. ¿La solución será también aquí acumular permisos en la mujer –prevalente en este tipo de familias–, como parece proponerse¹?

No afronta, obviamente, esta cuestión directamente la [sentencia analizada](#), pues el fondo del asunto no afecta solo a familias monoparentales, sino también biparentales, aunque con una situación en la que el trabajo de cuidar recae, *de facto*, solo en la mujer.

¹ El artículo 5 de la [Proposición de Ley integral de protección y apoyo a las familias](#), presentada por el grupo parlamentario Ciudadanos, reconoce 36 semanas.

Pero sí subyace en el contexto jurídico y sociocultural más general que sirve a la respuesta un creciente recelo a hacer de la ampliación de los permisos por nacimiento de la mujer la respuesta de conciliación más adecuada. En el caso francés, ciertos convenios colectivos (como el de los organismos relativos a la seguridad social) añaden al permiso legal de maternidad (art. L. 1225-17 del Código de Trabajo francés) permisos adicionales para «las empleadas que críen a su hijo ellas mismas». En estos casos –que no son solo para las familias monoparentales, se insiste–, el artículo 46 del citado convenio colectivo reconoce el derecho a diversos permisos sucesivos: a (1) un permiso de 3 meses (percibiendo la mitad de su salario) o de 1 mes y medio (percibiendo el salario íntegro) y a (2) un permiso de 1 año sin sueldo.

Precisamente, en relación –ya sí explícitamente– con la situación de «empleadas solteras» (o con cónyuge, pero sin ingresos habituales –por invalidez, larga enfermedad o servicio militar–), el derecho adicional se concreta a un permiso de 3 meses con salario íntegro. Comprobamos, pues, cómo cuando el trabajo de crianza en solitario sea el reflejo de una unidad monoparental encabezada por una mujer se mejora la protección, pues se mantiene el salario íntegro durante todo el periodo máximo reconocido en esa primera fase de ampliación del permiso –3 meses–. No experimenta cambio alguno la segunda fase prevista: el permiso de 1 año sin sueldo. De este modo, mediante la acumulación de permisos se pretendería «la protección de las especiales relaciones entre la mujer y su hijo» durante el periodo que sigue al embarazo y al parto, a fin de evitar que la acumulación de la carga de trabajo reproductivo las perturbe y que en las unidades monoparentales adquiriría una dimensión de especial necesidad. Pero ¿es la acumulación de los permisos por nacimiento el modelo más coherente y útil para afrontar tales nuevas situaciones específicas de necesidad o vulnerabilidad –aun elegida–?

2. Supuesto de hecho: síntesis de la cuestión litigiosa

Un trabajador, con un hijo a su cargo, que presta servicios para una entidad obligada por el convenio de referencia reclama el reconocimiento de los permisos adicionales por nacimiento reconocidos a sus compañeras de trabajo. Tal solicitud le es denegada por ser exclusivo para las empleadas que asuman el trabajo de cuidar solas («por ellas mismas»). Se trataría de un permiso asociado al de maternidad (art. 45 convenio), situación no objetivamente comparable con la de aquel, porque es exclusiva de la mujer. De ahí que descarte discriminación, a diferencia de uno de los sindicatos del sector que sí entendía existente una discriminación por razón de sexo.

Presentada demanda, el Tribunal Laboral Paritario de Metz (Conseil de prud'hommes de Metz, Francia) realizó una petición de decisión prejudicial (art. 269 [Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea](#) –TFUE–). A su juicio, de aplicar la doctrina jurisprudencial sobre el precepto convencional litigioso, la entidad empleadora tiene razón al denegar el permiso

adicional de maternidad a un padre que cuida por sí mismo al hijo (Sentencia de la Corte de Casación de 21 de septiembre de 2017). Sin embargo, duda de la conformidad de tal regulación convencional, y, por tanto, de la doctrina jurisprudencial nacional, al derecho de la UE, en particular a la [Directiva 2006/54/CE](#), en relación con los artículos 8 y 157 del [TFUE](#), así como a los principios-derechos fundamentales de igualdad (arts. 20, 21.1 y 23 [CDFUE](#)).

3. Doctrina: razonamientos para el fallo (¿salomónico?)

El TJUE asume, en esencia, aunque con más parquedad argumental, y menos énfasis en las dudas, las [conclusiones](#) de la Abogacía General. De ahí que, superadas las objeciones de falta de competencia (se trata de un acto de la UE: [STJUE de 30 de abril de 2020, asunto C-661/18](#)) y criterios de inadmisibilidad de la cuestión prejudicial ([STJUE de 2 de abril de 2020, asunto C-500/18](#)), la [STJUE de 18 de noviembre de 2020, asunto C-463/19](#), considera la norma convencional conforme con el principio comunitario de igualdad de sexos en las condiciones de trabajo. No obstante, pone una reserva («sentencia interpretativa»): que el permiso adicional proteja solo la condición exclusiva de maternidad de la mujer en cuanto tal, no su condición de progenitora o cuidadora. Para verificar tal presupuesto de validez conforme a los imperativos del derecho de la UE, la competencia será del órgano jurisdiccional remitente (quien pregunta es puesto ante su espejo), si bien, a fin de orientar tal función interpretativa del derecho nacional –francés– respecto del derecho de la UE, le ofrece unas pautas para el juicio: «[...] en particular, las condiciones del derecho al permiso, sus modalidades de disfrute y su duración y la protección legal asociada al periodo de permiso».

Decimos que la sentencia se presenta más taimada en la convicción de que un permiso adicional puede discriminar al varón cuidador, porque no explicita el carácter excepcional y, por tanto, de restrictiva interpretación, que tendrían tales permisos. Permisos tan largos (hasta 2 años) y con dispar protección (no todo es retribuido) desbordan la doble finalidad del permiso ([doctrina Hofmann](#)): recuperación del cambio de condiciones existenciales (biopsicosociales) de la mujer derivado del alumbramiento (situación de vulnerabilidad específica: [STJUE de 21 de mayo de 2015, asunto C-65/14, Rosselle](#)), de un lado, y «la protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo», de otro, sin que la carga de trabajo obstaculice, por una reincorporación prematura, ni la una ni la otra ([STJUE de 4 de octubre de 2018, asunto C-12/17, Dicu](#)). Asimismo, ninguna llamada hace el TJUE a actualizar al nuevo espíritu y contexto normativo-social aquella doctrina, como explicita el abogado general, que llama a una «edad adulta de Hofmann».

No obstante, sí que se traslucen en el razonamiento de la sentencia sus reservas, trayendo a colación su doctrina sobre la protección del hombre en su condición de progenitor, como una situación comparable –formalmente– con la propia de la mujer respecto del trabajo de cuidar, sea su doctrina más arraigada (por ejemplo, [STJCE de 29 de noviembre de 2011, asunto C-366/99, Griesmar](#)) como la más reciente y de especial incidencia en España ([STJUE de 12 de diciembre de 2019, asunto C-450/18, INSS](#) –complemento de pensión

para las madres–). Medidas de este tipo no se justifican sobre la base del artículo 28.1 de la [Directiva 2006/54](#), como tampoco podría ampararse en el derecho de la UE un permiso que no protegiera de forma directa e inmediata, no indirecta o de forma genérica o abstracta, la condición biopsicosocial de la mujer y las relaciones particulares que de la misma se deriva entre mujer e hijo/a durante el periodo posterior al parto, sin superar este el «tiempo necesario» para tal protección. Si bien los Estados tienen margen de apreciación para fijar este periodo, la evolución legislativa actual (arriba sintetizada) la reduce notablemente en aras del principio de igualdad entre mujeres y hombres en la protección de la condición como personas progenitoras obligadas al trabajo de cuidar en iguales términos.

4. Trascendencia de la doctrina del TJUE más allá de la experiencia francesa: ¿alguna lección para la española?

4.1. Ambivalencia, desde la perspectiva de género, de los «permisos adicionales» para «proteger la relación particular» de la madre con sus hijos/as

La extensa y heterogénea jurisprudencia del TJUE en política sociolaboral hace difícil encasillarla en una valoración binaria, conservadora o de progreso, ofreciendo ejemplos de lo uno y de lo otro. La [sentencia comentada](#), aunque fuese por exceso de prudencia o bien por una extremada influencia de la literalidad de ciertas normas (en el asunto aquí analizado ni siquiera ha entrado a la dimensión constitucional de la conciliación), sigue respirando tradicionalismo. Si en la [STJUE de 12 de diciembre de 2019](#) (complemento de pensión para las madres) creemos que pecó por exceso, al identificar –formalistamente– una situación objetivamente comparable entre las trabajadoras y los trabajadores en relación con el complemento de pensión, con total ausencia valorativa de las diferencias *de facto* y sin perjuicio del deficiente diseño legislativo del mismo –que, [como se ha visto](#), la Ley de presupuestos generales del Estado para 2021 no corrige, por lo que el perseverante error seguirá generando un coste importante y regresivo a la ciudadanía contribuyente–, en el asunto aquí analizado peca por defecto.

A mi juicio, con matices, el exceso de prudencia e indeterminación con que se ha movido finalmente la sentencia, frente a la claridad, precisión, brillantez y coherencia en que lo hicieron las [conclusiones](#) del abogado general, hace que quede algo diluido en ella este nuevo contexto (normativo y sociocultural), la lógica y el espíritu (de favor por una igualdad efectiva, *de facto*, no solo formal, entre mujeres y hombres, en el ámbito de la conciliación de la vida laboral y familiar) de la jurisprudencia Hofmann (parafraseando el apdo. 56 de las [conclusiones](#), inciso primero). Es cierto que el TJUE no se mantiene en su «pie de la letra sin mayor límite o aclaración», pues incluye los renovados criterios de evaluación para la conformidad comunitaria del poder de los Estados, así como de los

convenios colectivos, para introducir permisos adicionales como una «medida de protección de la maternidad» frente a «situaciones específicas de vulnerabilidad». Ahora bien, su laconismo y ambigüedad permiten aplicarle la metáfora utilizada por el abogado general para explicar el sentimiento de quien se acerca a las cuestiones de la conciliación hoy con una mirada todavía basada en la retrospectiva: «recuerda de alguna manera a un abuelo invitado a un acontecimiento social con su progenie en que todos los participantes, pese a sentir aprecio unos por otros, se sienten extrañamente desconectados y sin mucho de qué hablar».

Al respecto, es manifiesto que la norma convencional colectiva francesa obedece a un modelo de conciliación basado en reconocer periodos adicionales del permiso que, por lo largo de su duración y por lo reducido de su protección económica (al menos más allá del mes y medio retribuido reconocido con carácter general, o de los 3 en caso de familias monoparentales), lejos de servir como «medidas de protección» de la maternidad, perpetúan una distribución sexista del trabajo de cuidar. Primero porque, dada la brecha retributiva, pueden verse obligadas a postergar aún más su regreso al trabajo. Segundo porque un permiso ampliado sin garantía retributiva deteriora la situación económica de las trabajadoras y compromete su regreso, con la consiguiente erosión del principio de igualdad de trato (apdos. 77 y 78 [conclusiones](#)). En suma, sorprende que el TJUE fuese tan drástico respecto del complemento español –legal– y tan «salomónico» con la norma convencional francesa, ignorando el fin de «acción positiva» (arts. 3 [Directiva 2006/54](#) y 157.4 [TFUE](#)). También causa perplejidad que, en otros asuntos (por ejemplo, SSTJUE de [30 de septiembre de 2010, asunto C-104/09, Roca Álvarez](#), y [16 de julio de 2015, asunto C-222/14, Maïstrellis](#)), decidiera, con razón, que reservar a las mujeres periodos de permiso añadidos para la crianza perpetúa un reparto tradicional de funciones entre hombres y mujeres, porque aquellos siguen en una función subsidiaria de las mujeres respecto al ejercicio de su función parental, pero, en este, deje la decisión definitiva al órgano jurisdiccional requirente, aunque le ofrezca un catálogo de criterios o pautas a seguir en la decisión y que, si aplicadas, rectamente, deben levantar acta de defunción de la norma convencional.

4.2. ¿Siguen vigentes los permisos por nacimiento de hijo/a adicionales por convenio colectivo tras la equiparación de los de maternidad y paternidad?

La claridad y evolución de los Altos Tribunales en esta materia de medidas relativas a la conciliación de la vida laboral y familiar desde el renovado prisma de la corresponsabilidad, para que esta no se quede en mera palabra solemne fuera de practicidad, es determinante para un adecuado acompañamiento de la evolución legislativa, como ilustran las [conclusiones](#) referidas del abogado general en este asunto. Máxime cuando se comprueba (por ejemplo, en diversos números precedentes, y veremos en posteriores, de esta revista) la gran y constante litigiosidad laboral, con un importante protagonismo comunitario

[por ejemplo, [STJUE de 4 de junio de 2020, asunto C-588/18](#) –y Sentencia de la Audiencia Nacional ([SAN](#)) [47/2020, de 6 de julio](#)–] de los «permisos» vinculados a la conciliación (entendidos de forma amplia –laxa, si se quiere– como tiempos de no trabajo productivo para realizar trabajo reproductivo –cuidar–, sean retribuidos –permiso estricto, por ser interrupciones breves de la prestación de servicios– por la empresa, sean cubiertos por la Seguridad Social –más bien suspensiones de contrato–). Y de ella no escapan, por supuesto, los de nacimiento de hijo/a.

Recientemente, por ejemplo, la AN ha confirmado su doctrina judicial [aún no validada directamente por el Tribunal Supremo (TS), pese a que invoca a su favor la doctrina jurisprudencial respecto del cambio legal del parámetro de concreción horaria del derecho de reducción de jornada ex [art. 37.5 Estatuto de los Trabajadores](#) (ET): de «jornada ordinaria» a «diaria» –Sentencias del TS (SSTS) de [18 de mayo de 2016, rec. 198/2015](#), y [15 de septiembre de 2016, rec. 260/2015](#)–] en torno a las mejoras del permiso por nacimiento de hijo previstas en un convenio. Conforme a una interpretación tuitiva, considera que sigue siendo aplicable ([SAN 93/2020, de 30 de octubre](#)). Sin embargo, prueba de la polémica es que, sobre el mismo argumento, la Sala de Suplicación del País Vasco, cierto, con voto particular, mantiene lo contrario (por ejemplo, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia –[STSJ del País Vasco 1428/2019, de 16 de julio](#)).

En el asunto vasco, también con extremado laconismo argumental, basado en la mera literalidad (doble: la de la ley que deroga y la del convenio colectivo), se sostiene que:

No puede aceptarse la vigencia en el convenio de la mejora de un derecho legal que ya no existe; ni resulta legítimo, en relación con idéntica materia y derecho, que los trabajadores pretendan acogerse a dos fuentes distintas (el convenio y la ley) (FJ 2.º).

La AN, por su parte, decidió que no tuvo incidencia la entrada en vigor del [Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo](#), en el permiso reconocido en el artículo 20.2 y 3 del Convenio colectivo de Paradores de Turismo de España, por nacimiento de un hijo (mejora a 5 días laborables ampliables a 6 naturales en caso de desplazamiento), pese a ser eliminado del [artículo 37.3 del ET](#) (2 días, 4 en caso de desplazamiento).

El presupuesto razonable de esta derogación fue que este permiso quedaba superado, por tanto, integrado, en virtud de la ampliación del permiso de nacimiento a favor del padre (llamado ahora «el otro progenitor»), hasta lograr la equiparación con el de la madre (art. [48](#) y [disp. trans. decimotercera ET](#): culminada el pasado 1 de enero de 2021). En este sentido, cambia la denominación, que se quiere común: «permiso por nacimiento» (ni maternidad ni paternidad). Esta es la posición empresarial. Pero no la sindical, que entiende que sigue vigente esa mejora.

En su razonamiento, la AN trae a colación el principio técnico-aplicativo (trasunto del principio sustantivo de favor hacia la persona trabajadora) de la «norma más favorable»

ex artículo 3.3 del ET: los conflictos originados entre los preceptos de dos o más normas laborales, tengan una fuente estatal o convencional, se resolverán, respetados los mínimos, con la aplicación de lo más favorable para la persona trabajadora valorado en su conjunto, en cómputo anual, respecto de los conceptos cuantificables. Ciertamente, en el presente caso, el convenio colectivo se suscribió con anterioridad (diciembre de 2018) a la modificación del artículo 37.3 b) del ET. Consecuentemente, la voluntad de la norma convencional no podía ser mejorar la legal, pues quienes la negociaron la desconocían y, además, el Tribunal Constitucional (TC) cerró la vía a la equiparación en vía interpretativa (Sentencia del TC –STC– 111/2018, de 17 de octubre). Pero no menos cierto es –enfatisa la AN– que fue publicado con posterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 6/2019 (marzo de 2019).

De modo que, sea por el valor normativo del convenio, inserto en el sistema de fuentes con posterioridad a la publicación de una ley de mínimos (y sin que la patronal –le reprocha la AN– se dirigiera a la autoridad laboral para que subsanase el eventual vicio de legalidad), sea por la distinta naturaleza del derecho reconocido (el convenio, un permiso retribuido en sentido estricto, la ley, una suspensión del contrato con prestación de Seguridad Social –FJ 3.º–), así como por la debida perspectiva de género a integrar en la interpretación de normas laborales relativas a la conciliación (art. 4 Ley orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres), debe entenderse subsistente la mejora convencional. Con ello, se «neutraliza [...] también una posible discriminación indirecta por razón de sexo» (FJ 2.º).

Vemos, pues, cómo emerge el canon de hermenéutica jurídica de trasfondo: la interpretación de favor hacia el derecho constitucional y la cautela para prevenir situaciones de discriminación indirecta por razón de género, en tanto que este tipo de medidas, pese a que en la norma colectiva de referencia se reconoce a trabajadores y a trabajadoras, tienen un mayor impacto, *de facto*, en la situación de las mujeres (vid. STS 793/2020, de 23 de septiembre –comentada en el editorial del número 453, diciembre/2020, de esta revista y al que remito para un análisis más detallado–).

No es pertinente discutir aquí la solidez real de la posición de la AN² (atiende a la diversa naturaleza de las medidas –permiso retribuido una, suspensión de contrato otra–, pero no, como predica el TJUE, a su finalidad, aquí idénticas). Tampoco discutiré ni la oportunidad abstracta de traer a colación la perspectiva de género (evidente), ejemplo de la creciente transversalidad hermenéutica (piénsese, por traer un ejemplo aparentemente extramuros de nuestra temática, en el urbanismo –influye en la movilidad: facilidad/dificultad de ciertas actividades de cuidar: las mujeres sufren más accidentes *in itinere*–: STS, Sala 3.ª, 426/2020,

² Para una posición de favor, vid. Rojo Torrecilla (entrada en www.eduardorjotorrecilla.es de 29 de noviembre de 2020).

de 18 de mayo), ni su consistencia (se orilla que la equiparación legal tiene como finalidad la protección de la equidad de género desde la corresponsabilidad, poco pueden influir 5 días más de permiso). Si da entrada a otra cuestión de gran actualidad, también muy polémica, con una «lógica de la acumulación» de permisos y defendida sobre una recreación total de la legislación vigente en perspectiva de equidad de género, así como, según una perspectiva igualmente en aumento en el orden social ([STSJ de Canarias/Las Palmas de 1 de septiembre de 2020, rec. 197/2020](#)), el «interés superior del menor».

4.3. ¿Es discriminatorio no reconocer el derecho de la madre monoparental a acumular el derecho del padre del que se decide libremente prescindir?

Me refiero ahora a la –muy mediática, y, sin duda, importante– [STSJ del País Vasco 1217/2020, de 6 de octubre](#). Esta decisión jurisdiccional estima el recurso de suplicación interpuesto por una madre «cabeza de familia monoparental», frente a la Sentencia del Juzgado de lo Social número 5 de Bilbao de 18 de mayo de 2020 (autos 1015/2019), y, en consecuencia, reconoce su derecho a acumular 8 semanas adicionales por nacimiento de hijo, con el correspondiente abono de la prestación de Seguridad Social que le hubiera correspondido al otro progenitor. Dos serían las razones para este reconocimiento judicial, sin duda totalmente ajeno, quizás incluso contrario, a la previsión legal en materia ([art. 177 Ley general de la Seguridad Social](#) en relación con los arts. [48 ET](#) y [49 Estatuto Básico del Empleado Público](#)). De un lado, el deber judicial de integrar en la hermenéutica de las normas (laborales y de seguridad social) el principio de protección del interés superior del menor o de la menor (perspectiva de protección de la infancia), según las normas internacionales, en especial la [Convención sobre los Derechos del Niño](#) (sobre su vigencia en un caso de protección de menor que se encuentra en nuestro país sin familia –menores no acompañados, MENA–, *vid.* [STS, Sala 1.ª, 307/2020, de 16 de junio](#)). De otro, el deber jurisdiccional de diligencia debida en la integración de la perspectiva de equidad de género para la hermenéutica de aquellas normas, evitando cualquier elemento de discriminación, en este caso indirecta, contra las mujeres, por razones de conciliación de la vida laboral y familiar.

Sin poder entrar en profundidad ahora sobre una decisión judicial, tan relevante como polémica, y de cuya consolidación albergo notables dudas jurídicas por su debilidad argumental (ha sido recurrida en casación por el Ministerio Fiscal *ex* [art. 219.3 Ley reguladora de la jurisdicción social](#) –sobre esta modalidad *vid.*, [STS de 15 de octubre de 2013, rec. 1195/2013](#)–, al margen de las simpatías que pueda concitar desde un punto de vista de política social), no será ocioso evidenciar de forma sintética los fundamentos que sostienen ambas razones básicas de decidir. Desde la perspectiva citada de la protección efectiva de la infancia, la sala exhibe (algo desmesurada y poco argumentada más allá

de la afirmación) una comprensión absoluta de la prevalencia de la norma internacional, derivando derechos prestacionales específicos ex artículo 26 de la [convención](#), pese a que la norma no hace tal previsión. Se invoca a favor la doctrina jurisprudencial social que reconoce el derecho de las personas progenitoras de bebés gestados por sustitución a un permiso de maternidad subrogada y en la que ha resultado determinante, incluso para superar la radical prohibición de este tipo de prácticas en España, la protección de interés superior del/de la menor, sin que tampoco el TEDH haya derivado de este estándar de protección un derecho prestacional directo (por ejemplo, SSTS de [25 de octubre de 2016, rec. 3818/2015](#), [16 de noviembre de 2016, rec. 3146/2014](#), y [14 de diciembre de 2017, rec. 2859/2016](#)).

Este tipo de conflictos de conciliación, en los que subyace la contradicción –o disparidad– entre la libertad de elección del tipo de unidad familiar y la garantía de acompañamiento social que (no) ofrecen las normas vigentes de seguridad social, están también a la orden del día y no tienen siempre la misma respuesta. Por ejemplo, de gran interés es la [STS 685/2020, de 21 de julio](#). La mayoría inadmite el recurso de casación de unificación de doctrina por falta del requisito de la contradicción –resultado del cambio normativo y de espíritu regulador que implicó reconocer el permiso de paternidad, impidiendo identidad del debate jurídico, pese a la coincidencia de los relatos fácticos–, adquiriendo firmeza la sentencia de suplicación (también de la sala vasca y que, a su vez, revocó parcialmente una sentencia del Juzgado de lo Social núm. 5 de Bilbao), y, en consecuencia, se niega el derecho a la prestación de maternidad (pretensión principal), en la regulación anterior a la vigente, para un supuesto de adopción de la hija biológica por parte de la pareja de hecho del padre de la menor nacida en gestación por sustitución (en México). Y ello, en síntesis, porque un mismo hijo o una misma hija no da a ambos integrantes de la pareja dos derechos de prestación de maternidad. No opina lo mismo el voto particular, que sí estima contradicción ([STS de 15 de septiembre de 2010, rec. 2289/2009](#): dos hechos distintos –maternidad biológica y adopción por la otra persona integrante de la pareja– sí permiten generar dos prestaciones de maternidad sucesivas), proponiendo la estimación del recurso de casación unificadora.

En lo que concierne a la perspectiva de género, la sala vasca concluye que existe una discriminación (a mi juicio, sin que se realice la adecuada distinción entre los juicios de vulneración de la igualdad de trato –no concreta por qué se trata de situaciones objetivamente comparables, sin justificación razonable de la diversidad de trato– y el relativo a la discriminación indirecta –no se detiene en razonar si hay o no razón justificativa objetiva y proporcionada del efecto dispar o peyorativo–) por el dato estadístico y el criterio sociológico (estereotipo de género). Denegar el derecho a la mujer monoparental a acumular el permiso adicional que hubiera correspondido al padre (otro progenitor), de haber sido esa su opción personal, sería un obstáculo injustificado para esta decisión libre, perjudicando a la persona menor integrante de la unidad monoparental y a la mujer, porque:

El tiempo de dedicación al menor por parte de ella es superior, porque no lo comparte, ni simultánea ni diacrónicamente lo bifurca; el tiempo de dedicación a la formación y promoción profesional también se merma; la promoción en el empleo y al desarrollo personal se reduce. La situación de la mujer vuelve a empeorarse [...] (FJ 7.º).

Al margen de la valoración que, en el plano de la política social, merezca la decisión, se echa de menos un mayor cuidado técnico-jurídico, además de una valoración más global de los agravios que puede generar esta doctrina en otras situaciones si se argumenta sobre una base tan genérica de la igualdad de trato (por ejemplo, partos múltiples). Lo primero que crea perplejidad es que se prescinda de analizar la finalidad y sentido de ambos permisos. Tanto el TC ([STC 111/2018](#)), más coincidente con la doctrina comentada del TJUE (que diferencian atendiendo al proceso biológico y psicosocial de maternidad en sentido estricto), cuanto el TS, más proclive a identificar una parte común en ambos permisos por nacimiento, asumen que el permiso por paternidad tiene «una finalidad específica: fomentar un reparto más equitativo de las responsabilidades familiares entre hombres y mujeres y permitir que se cree un vínculo temprano entre padres e hijos» ([STS 793/2020, de 23 de septiembre](#), FJ 4.º). ¿Entonces, resulta coherente jurídicamente reconocer el derecho a acumular un permiso cuya finalidad es crear unos vínculos entre hijo/a y padre (el otro progenitor) que la madre ha decidido excluir, como la más determinante expresión de la singularidad de su opción personal?

Honestamente, estoy convencido de que no. Si se decide la ampliación, por la legislación, del permiso de maternidad en familias monoparentales encabezadas por mujeres, la mayoría, o el de paternidad en familias monoparentales encabezadas por hombres (entendiendo que no cabe aquí la diferencia, porque la condición protegida es la de progenitura), hágase. Sin embargo, ha de hacerse sobre bases jurídicas correctas, no sobre razones artificiales, incluso inconsistentes.

Quienes reivindican un modelo de unidad familiar diferenciado, monoparental, tienen derecho a que la legislación atienda de forma específica su singularidad, para que su decisión de libre elección sea realmente libre, acompañada de garantías sociales que atiendan su específica vulnerabilidad, pero no pueden fundamentar su derecho sobre la privación de una garantía que han decidido excluir (la corresponsabilidad con otro progenitor). Además, es erróneo reivindicar un derecho a doblar los permisos de nacimiento sobre la base de derecho de todo hijo (o de toda hija) al mismo tiempo de cuidado que en la unidad biparental, porque ese derecho no existe, pues el derecho del niño o de la niña es a ser cuidado el mismo tiempo por ambas personas progenitoras, pero si una de ellas decide excluir esta dualidad, se frustra el derecho del niño o de la niña a ese tipo de cuidado, porque es cualitativo (atención del otro progenitor –el padre–), no cuantitativo o sumatorio (un tiempo absoluto de cuidar, al margen de quien lo realice). En este sentido, si la atención al niño (a la

niña) se identifica de forma matemática, numérica –igual tiempo de atención–: ¿no deberían tener también los hijos y las hijas de partos múltiples el mismo tiempo de atención efectiva, sin tener que repartírselo como «buenos hermanos», dividiendo el tiempo de atención real, sea de la madre, sea del padre?

Finalmente, por no extendernos más en este apasionante tema: ¿si se dice que la mayor parte de las familias monoparentales son encabezadas por mujeres, y así es, tiene sentido que el modelo de conciliación útil, para el bienestar de la persona cuidada y de la cuidadora, pase, de nuevo, por doblar los permisos, añadiendo trabas laborales? ¿Doblar los permisos no conlleva un riesgo superior de incrementar los riesgos de obstaculización del desarrollo profesional de las madres monoparentales? En otros términos, más allá de un determinado tiempo razonable, necesario de protección de la maternidad, como ha subrayado el TJUE, ¿la solución conciliadora en términos de equidad de género, también para las familias monoparentales, no pasaría por un adecuado desarrollo del derecho subjetivo social fundamental a una adaptación razonable de la jornada de trabajo en aras de favorecer la atención a la infancia y la promoción de la mujer en el trabajo ex [artículo 34.8 del ET](#), sin tener que abandonar por largos periodos el trabajo ni reducir la jornada –con la reducción retributiva consiguiente–? Sin duda, el debate está servido, en el plano social (mientras [unas asociaciones de familias monoparentales](#) piden el modelo del [art. 34.8 ET](#) y servicios públicos, otras piden más duración de los permisos –por ejemplo, Federación de Asociaciones de Madres Solteras, FAMS–) y [en sede judicial](#). También la vía político-legislativa está iniciada.