

En caso de familias monoparentales no procede el reconocimiento de nueva prestación por nacimiento y cuidado de menor distinta a la ya reconocida y coincidente con la que hubiera correspondido al otro progenitor

La controversia litigiosa ya ha sido abordada por la Sala y consiste en determinar si se puede acumular a la prestación por nacimiento y cuidado de menor que ya ha sido reconocido por el INSS, la que habría correspondido al otro progenitor, por tratarse de una familia monoparental.

Así, recientemente se ha pronunciado en el sentido de que no puede sostenerse, como hace la sentencia recurrida, que se anula, la acumulación pretendida 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 no puede ser el único factor decisivo y determinante para resolver la cuestión.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia 896/2024, de 06 de junio de 2024

RECURSO DE CASACIÓN Núm: 2044/2023

Ponente Excmo. Sr. MARIA LUZ GARCIA PAREDES

En Madrid, a 6 de junio de 2024.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) representado y asistido por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social contra la sentencia núm. 831/2023, de 8 de febrero, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en recurso de suplicación núm. 5989/2022, interpuesto contra la sentencia de 28 de marzo de 2022, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 15 de Barcelona, autos núm. 163/2022, seguidos a instancia de D.^ª Carina contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), habiendo sido parte el Ministerio Fiscal.

Se ha personado como parte recurrida, D.^ª Carina y, en su nombre y representación la Letrada Doña Olga Marquina Pompido.

Ha sido ponente la Excmo. Sra. D.^ª María Luz García Paredes.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 28 de marzo de 2022, el Juzgado de lo Social núm. 15 de Barcelona dictó sentencia cuya parte dispositiva es la que sigue: "ACUERDO: Estimar parcialmente la demanda presentada en nombre y representación de D.^ª Carina frente a INSS y TGSS reconociendo el derecho de la misma a percibir una prestación por nacimiento de hija, con una base reguladora diaria de 78,77

€ diarios durante un total de 26 semanas, debiendo las partes demandadas estar y pasar por dicha declaración en el ámbito de sus respectivas competencias".

En la sentencia aludida se declararon como hechos probados los siguientes:

"1. Carina dio a luz el día NUM000 de 2021 a Dulce, conformando la demandante y su hija un núcleo familiar monoparental.

2. Por resolución de 9 de diciembre de 2021 se reconoció a la trabajadora prestación de nacimiento y cuidado de menor, con una base reguladora diaria de 78,77 euros.

3. A 21 de diciembre de 2021 se solicitó a la entidad gestora prestación de paternidad, por ser familia monoparental, estando en el momento de solicitarla en situación de permiso de maternidad.

4. Esta prestación fue denegada por resolución expresa de 28 de diciembre de 2021, frente a la cual se presentó reclamación administrativa previa a 3 de enero de 2022, la cual fue denegada expresamente a 20 de enero de 2022".

SEGUNDO. - La citada sentencia fue recurrida en suplicación por el letrado de la Administración de la Seguridad Social en nombre y representación del INSS y por la representación letrada de la actora, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. La Sala de Suplicación dictó sentencia, en la que consta el siguiente fallo: "Desestimar el recurso de suplicación interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social contra la sentencia de 28 de marzo de 2022 dictada por el Juzgado de lo Social n.º 15 de Barcelona en los autos n.º 163/2022, seguidos a instancia de D.ª Carina contra dicho recurrente y la Tesorería General de la Seguridad Social, estimando por el contrario el recurso de suplicación interpuesto por D.ª Carina contra la misma sentencia, la cual debemos revocar en parte para reconocer a la actora, además de las 10 semanas ya reconocidas en la prestación por nacimiento y cuidado de su hija, otras 6 semanas adicionales, confirmando el resto de sus pronunciamientos".

TERCERO. - Por la letrada de la Administración de la Seguridad Social en nombre y representación del INSS se interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina. Se invoca como sentencia contradictoria, la sentencia núm. 3020/2021, de 19 de octubre, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (r. 1563/2021), así como se cita como infringido el art. 177 de la LGSS, en relación al art. 48.4 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre (ET).

CUARTO. - Por providencia de esta Sala de 23 de octubre de 2023 se admitió a trámite el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el INSS 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.

El recurso fue impugnado por la parte recurrida, D.ª Carina, solicitando la suspensión del presente procedimiento por existir una cuestión de constitucional ante el TC y una cuestión prejudicial ante el TJUE pendientes de dictar resolución. Asimismo, como cuestión previa se alegaron varias circunstancias tales como que el CGPG ha avalado el derecho a acumular 16 semanas adicionales a una magistrada, citando después doctrina de las Salas de lo Contencioso de Tribunales Superiores de Justicia; en concreto una sentencia de Madrid. Pone de manifiesto, en relación a la sentencia núm.169/2023, de 2 de marzo, de esta Sala Cuarta, que hubo dos votos particulares. Que, con posterioridad a la anterior, la Sala de Cataluña confirmó una sentencia de instancia que había concedido 16 semanas adicionales a una familia monoparental y, por último, que incluso el Congreso de los Diputados ha entendido que procede el reconocimiento de ese período adicional y cita a tal efecto, una sentencia del TSJ de Madrid de 28 de octubre de 2022 (R. 515/2022), dónde así se indica. En cuanto al fondo del asunto, entiende que la recurrida no infringe norma alguna, considerando que

procede ratificar las consideraciones jurídicas contenidas en la misma. Por el contrario, alude a que la fundamentación jurídica contenida en la sentencia de contraste, de la Comunidad Valenciana, es contraria a la normativa que cita a continuación. Finalmente, en base a las normas y jurisprudencia indicadas en dicho escrito de impugnación, se opone a las alegaciones articuladas por el INSS en su escrito de recurso, por los motivos que constan a continuación y que damos por reproducidos.

Por Auto de 9 de enero de 2024, esta Sala acordó: "Desestimar la solicitud de suspensión de la tramitación del presente procedimiento instada por Dña. Olga Marquina Pompido en nombre y representación de la recurrida Dña. Carina en su escrito de impugnación del recurso de casación para la Unificación de Doctrina interpuesto por la Letrada del INSS".

QUINTO. - Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar que existe contradicción y el recurso formalizado por el INSS, que denuncia la infracción de los arts. 177 a 180 LGSS y 48 ET, debe ser estimado como ya ha resuelto esa Sala a partir de la sentencia dictada en Pleno el 2.3.2023 (RUD 3972/2020), ratificada en otras múltiples posteriores (por ejemplo en las dictadas el 30.11.2023 en RUD 3038 y 3781), incluso habiendo ya dictado autos de inadmisión por falta de contenido casacional en los recursos interpuestos por la madre actora (por ejemplo auto de 15.11.2023 RUD 5837/2022).

SEXTO. - Instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 5 de junio de 2024, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La cuestión suscitada en el recurso de casación para la unificación de doctrina consiste en determinar si la actora puede acumular a la prestación por nacimiento y cuidado del menor que ya le ha sido reconocida por el INSS, la que le habría correspondido al otro progenitor, por tratarse de una familia monoparental.

La parte demandada ha formulado dicho recurso contra la sentencia núm. 831/2023, de 8 de febrero, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en recurso de suplicación núm. 5989/2022, que desestima el recurso del INSS y estima el de la actora concediendo un total de 16 semanas adicionales, siendo que el Juzgado de lo Social solo había reconocido 10 semanas adicionales.

2. Según recoge la sentencia recurrida y en lo que ahora interesa, Carina dio a luz el día NUM000 de 2021 a Dulce, conformando la demandante y su hija un núcleo familiar monoparental. Por resolución de 9 de diciembre de 2021 se reconoció a la trabajadora prestación de nacimiento y cuidado de menor, con una base reguladora diaria de 78,77 euros. A 21 de diciembre de 2021 se solicitó a la entidad gestora prestación de paternidad, por ser familia monoparental, estando en el momento de solicitarla en situación de permiso de maternidad. Esta prestación fue denegada por resolución expresa de 28 de diciembre de 2021. Agotada la vía administrativa, interpuso demanda que fue estimada en parte por el Juzgado de lo Social núm. 15 de Barcelona. La sentencia fue recurrida por el INSS y por la parte actora.

La Sala de Suplicación desestimó el recurso de la gestora, reproduciendo doctrina judicial de la propia Sala, señalando entre otros extremos que: "(...)Tal eficacia corresponde, por tanto, a la Convención de los Derechos del Niño, así como al artículo 24.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la U.E., y a la vista de la normativa y jurisprudencia citada, la interpretación literal y restrictiva determinaría que los menores nacidos en familias monoparentales no podrían beneficiarse del mismo tiempo de atención, cuidados directos e implicación personal que los nacidos en familias biparentales, generándose una diferencia de trato injustificada, con infracción de las previsiones de los artículos 2 y

3 de la Convención de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, anteriormente citada y de la LO de protección jurídica del menor; no cabe dispensar un trato distinto de cuidado y crianza a los menores en función de la composición de la familia de que formen parte, un trato discriminatorio evidente por razón de una circunstancia o condición no tanto del menor pero sí de su progenitora; en consecuencia, partiendo de que lo único trascendente es el derecho del menor a disfrutar de los cuidados y atención por un tiempo determinado, la limitación de la suspensión y prestación a únicamente 16 semanas en el caso de las familias monoparentales carece de toda justificación objetiva".

En cuanto al recurso de la parte actora, se estimó sobre la base de que: "no es posible la "duplicación" del período, debiendo excluirse las primeras semanas, por estar destinadas a la recuperación de la salud de la madre biológica, siendo obligatorio para el otro progenitor el disfrute simultáneo y de forma inmediatamente posterior al nacimiento.

No cabe duda de que eso es así en el caso del modelo de familia biparental al que se dirige el artículo 48.4 del ET, pero teniendo en cuenta que descartamos la interpretación del mismo de forma uniforme para ambos modelos familiares, biparentales y monoparentales, a fin de evitar caer en un trato discriminatorio y desfavorable para éstas, si partimos de la afirmación de que las familias monoparentales tienen mayores problemas para hacer efectiva la conciliación de vida laboral y familiar, derivados de la existencia de un solo progenitor, colocándose en situaciones de mayor vulnerabilidad, y siendo esencial la atención y cuidado del menor en los primeros meses de vida, que resulta menos onerosa en el caso de familias biparentales que monoparentales, dada la existencia de dos progenitores a cada uno de los cuales se les reconoce el derecho de suspensión, la ampliación del período debe ser íntegra, sin excluir las primeras seis semanas".

3. En el recurso de unificación de doctrina se formula el punto de contradicción expuesto anteriormente para el que se identifica como sentencia de contraste la sentencia núm. 3020/2021, de 19 de octubre, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (r. núm. 1563/2021).

Se trata también de una trabajadora que solicita el reconocimiento del derecho a acumular la prestación por nacimiento y cuidado del menor del otro progenitor, por tratarse de una familia monoparental. En total reclamaba 28 semanas, las 16 concedidas y las 12 establecidas por la ley en favor del otro progenitor para las familias biparentales.

La sentencia de contraste rechaza dicha posibilidad porque la extensión del permiso de 12 semanas establecido para las familias biparentales: a) no está prevista por la ley; b) la prestación exige que el otro progenitor cumpla los requisitos legalmente establecidos para causar derecho a la prestación de seguridad social (afiliación, alta o situación asimilada, y periodo mínimo de cotización); y c) la cuantía de la prestación depende de la base reguladora del otro progenitor, por todo lo cual concluye que no es el interés del menor el factor decisivo en esta cuestión, como tampoco cabe alegar trato desigual entre ambos tipos de familias, pues la desigualdad vendría dada precisamente por beneficiar a las monoparentales liberándolas de los requisitos exigidos a las biparentales para disfrutar de las 12 semanas invocadas. En consecuencia, rechaza el recurso de la trabajadora, que había visto desestimada su demanda en la instancia.

4. Se produce claramente la contradicción, porque en ambos casos se trata de familias monoparentales constituidas por la madre, a la que se le ha reconocido en vía administrativa la prestación por nacimiento y cuidado del menor y reclama, además, la acumulación a la misma de la que hubiera correspondido al otro progenitor. La pretensión resulta coincidente: que se les amplíe el permiso reconocido por nacimiento y cuidado del menor en esas semanas adicionales como si se tratase de una familia biparental, sin que obste a tal efecto, el que la duración reclamada sea dispar, pues en la recurrida se reconocen otras 16 semanas adicionales, mientras que en la de contraste re

reconoce una ampliación de 12 semanas, ya que en ambos casos, la Entidad Gestora deniega la pretensión porque no existe amparo legal en el que sustentar la meritada solicitud.

Siendo los hechos, las pretensiones y los fundamentos jurídicos los mismos, las doctrinas de las sentencias son contradictorias porque la sentencia recurrida concluye que se debe reconocer el derecho a la acumulación en atención a la necesaria protección del menor y en general de la infancia. La sentencia de contraste, con apoyo en el art. 48.4 del ET, entiende que la prestación no es transferible, por ser derecho individual de la persona trabajadora, que la extensión a familias monoparentales carece de apoyo normativo, que el interés del menor no es el factor decisivo y que no cabe alegar desigualdad que sí se daría, de conceder la ampliación a la familia monoparental, entre la misma y una biparental, cuando uno de los dos progenitores no pudiera beneficiarse de las 12 semanas.

En fin, que en lo que interesa y en los hechos, fundamentos y pretensiones de las partes, existe la identidad del art. 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS).

SEGUNDO. -1. - La parte recurrente, INSS y TGSS, ha formulado un motivo único de infracción normativa en el que identifica como preceptos legales objeto del mismo, el art. 177 de la LGSS en relación al 48.4 del ET, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.

Según la gestora recurrente, la doctrina correcta se contiene en la sentencia de contraste, dónde se afirma que el argumento de la protección del menor es falaz, que el régimen jurídico de la prestación en cuestión tras la reforma operada por RDL 1/2019 se ha adaptado para cada supuesto, dado que el sistema de Seguridad Social es de configuración legal como ha establecido la doctrina del TC de forma reiterada y, así, el art. 48.4 del ET reconoce un derecho individual, personal e intransferible y no repara en otros derechos como sería el interés superior del menor, pues solo tiene en cuenta otro derecho fundamental como es el de la igualdad entre mujeres y hombres en el ámbito del empleo y de la ocupación, de modo que la interpretación del precepto debe ser acorde a esa finalidad legal. Sostiene, asimismo, que no se conculca la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, pues la misma se conjuga con la normativa nacional y ésta última debe tener en cuenta también el principio de igualdad efectiva entre mujeres y hombres, conforme tanto a esa legislación nacional como a la de la UE que es también de aplicación directa, sin que esté justificado la prevalencia de la Convención de las NU de los Derechos del niño sobre la normativa nacional y de la UE. Sobre la posible existencia de discriminación, niega vulneración del art. 14 de la CE reiterando de nuevo los mismos argumentos antes señalados. Finalmente, se remite a la sentencia de esta Sala, núm. 169/2023, que ha resuelto ya sobre esta cuestión.

2. En efecto, la controversia litigiosa se abordó en la sentencia núm. 169/2023, de 2 de marzo, recurso 3972/2020, de esta Sala, seguida por la sentencia núm. 434/2023, de 14 de junio, recurso núm. 1642/2022 y, también, por otras más recientes, como las núm. 1136/2023 y 1139/2023, ambas de 12 de diciembre o las núm. 325/2024 y 3267/2024, ambas de 21 de febrero, que, por razones de seguridad jurídica, debemos mantener.

Conforme a ellas, la prestación de "Nacimiento y cuidado del menor" que regula el art. 177 de la LGSS, tras la nueva redacción dada por el art. 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, es de naturaleza contributiva de la que son beneficiarias las personas incluidas en el Régimen General de la Seguridad Social, cualquiera que sea su sexo, que disfruten de los descansos previstos en el 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 de la 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 ello, dedujimos, 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".

Destacamos también el nuevo tenor literal del art. 48.4 del ET que transcribimos allí, para poner de manifiesto después que: "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".

Por ello dijimos que: "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".

3. Con relación a la CE, acudimos a constante y reiterada doctrina constitucional (sentencia 75/2011 entre otras), conforme a la cual será el legislador el que fije el nivel y condiciones de las prestaciones a efectuar o las modificaciones para adaptarlas a las necesidades del momento.

4. Desde el plano de la normativa internacional se alcanza el mismo resultado, pues: "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 2019/1158, 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".

5. En relación a la Directiva 2019/1158, el TJUE, en su sentencia de 16 de mayo de 2024, C- 673/2022, ha declarado inadmisibles las cuestiones prejudiciales sobre esta misma materia planteada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Sevilla que preguntaba sobre si la legislación española en materia de Seguridad Social se ajustaba a la Directiva 2019/1158. El TJUE señala que el artículo 5 de la Directiva 2019/1158 no se refiere al permiso de maternidad y, por tanto, no regula la cuestión de la ampliación de este permiso debido a que una madre forme con su hijo una familia monoparental, de modo que no se ha acreditado que el artículo 5 de la Directiva 2019/1158 sea aplicable *ratione materiae* al litigio principal. En consecuencia, concluyó que la interpretación de esta disposición no era necesaria para que el Juzgado remitente pueda resolver el litigio principal.

En segundo lugar, se añadió que, en virtud del artículo 20, apartado 1, de esta Directiva, los Estados miembros estaban obligados a transponerla a su Derecho interno a más tardar el 2 de agosto de 2022 y, en el caso enjuiciado por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Sevilla, la demandante en el litigio principal había solicitado, el 22 de febrero de 2022, la ampliación de su permiso de maternidad desde el 24 de febrero siguiente por un período de dieciséis semanas. Así pues, tanto la fecha de dicha solicitud como el eventual período de ampliación del permiso de maternidad controvertido en el litigio principal precedían a la fecha de finalización del plazo de transposición establecido en la Directiva 2019/1158. Por último, se dice, que no hay ningún elemento que permita acreditar que el art. 48.4 del ET y los artículos 177 a 179 de la LGSS se adoptaran con miras a anticipar la obligación de transposición de las disposiciones de dicha Directiva relativas al permiso parental.

Lo mismo sucede en el supuesto de autos en el que la solicitud de la ampliación se produce el 21 de diciembre de 2021, es decir, antes de la fecha de agotamiento del plazo de transposición.

6. En suma, la normativa en cuestión no 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, 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 es 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.

7. En cuanto al interés de la protección del menor, como principio que debe informar el ordenamiento jurídico y como criterio hermenéutico que debe ser utilizado por los Tribunales, el mismo ya está presente en toda la regulación de la prestación por nacimiento de hijo y cuidado del menor y no es el único al que debe atenderse. Así, 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 tratan de cohonestar todos los intereses que deben considerarse en la regulación de tan delicada materia y, en este ejercicio de ponderación, se ha tratado de evitar que el disfrute de los derechos de conciliación y la protección dispensada en estos casos 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. Dicha ponderación, cuyo resultado es la normativa vigente, no puede ser obviada por el intérprete y aplicador de la ley, si se tiene en cuenta que estamos en presencia de una regulación concreta que respeta la letra y el espíritu de la Constitución y el resto de las normas internacionales aplicables.

Razones todas estas que nos llevaron a la conclusión en nuestras sentencias anteriormente citadas 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".

8. Finalmente, también lo dijimos, no existe un único modelo de familia monoparental. La definición de familia monoparental la encontramos en el art. 182.3 b) de la LGSS -"la constituida por un solo progenitor con el que convive el hijo nacido y que constituye el sustentador único de la familia"-, y, a título de ejemplo, entre otras, citamos las 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, pusimos de manifiesto los datos estadísticos proporcionados por el INE, que 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.

Por ello, consideramos que tampoco la interpretación de la norma con perspectiva de género resulta determinante para la resolución del caso, ya que 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. La perspectiva de género no es aplicable 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. 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.

En todo caso, el legislador 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).

TERCERO. - Lo anteriormente razonado, de conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal, permite concluir en el sentido de entender que el recurso debe ser estimado, casar y anular la sentencia recurrida y, resolviendo el debate formulado en suplicación, estimar el recurso de tal clase interpuesto por el INSS y desestimar el de la misma clase de la actora y, revocar parcialmente la sentencia dictada en instancia, desestimar la demanda y absolver a las codemandadas de los pedimentos deducidos contra ellas.

Todo ello sin imposición de imposición de costas, a tenor del art. 235 de la 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 INSS representado y asistido por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social contra sentencia núm. 831/2023, de 8 de febrero, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en recurso de suplicación núm. 5989/2022.

2.- Casar y anular la sentencia recurrida y, resolviendo el debate formulado en suplicación, estimar el recurso de tal clase de la demandada INSS y, desestimar el de la misma clase de la parte actora y, revocar en parte la sentencia de 28 de marzo de 2022, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 15 de Barcelona, autos núm. 163/2022, seguidos a instancia de D.ª Carina contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) y, desestimar la demanda, absolviendo a las codemandadas INSS y TGSS de las pretensiones en su contra deducidas.

3.- Sin imposición de costas en este recurso.

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

Así se acuerda y firma.