



Roj: **STS 4526/2024 - ECLI:ES:TS:2024:4526**

Id Cendoj: **28079140012024101091**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/09/2024**

Nº de Recurso: **1807/2023**

Nº de Resolución: **1127/2024**

Procedimiento: **Recurso de casación para la unificación de doctrina**

Ponente: **IGNACIO GARCIA-PERROTE ESCARTIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 1807/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 001

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 1127/2024

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Ángel Blasco Pellicer

D. Sebastián Moralo Gallego

D.ª Concepción Rosario Ureste García

D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín

En Madrid, a 13 de septiembre de 2024.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la letrada de la Administración de la Seguridad Social en nombre y representación del INSS, contra la sentencia dictada por la sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 23/2023, de 9 de enero en el recurso de suplicación núm. 3476/2022, formulado contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 14 de Barcelona, de 7 de diciembre de 2021 (autos 924/2021) que resolvió la demanda sobre prestación por nacimiento y cuidado del menor, interpuesta por el Sindicato de enfermería (SATSE) en nombre e interés de la afiliada doña Josefa , contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 7 de diciembre de 2021, el Juzgado de lo Social núm. 14 de Barcelona dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

"PRIMERO.- Doña Josefa nacida el NUM000 de 1978 (folio 38) es madre biológica de un menor nacido el NUM001 de 2021 (folio 10 que se da por reproducido), siendo familia monoparental (folio 9 reverso y 10, hecho segundo de la demanda no opuesto por la demandada).

Solicitó ante la Dirección Provincial del INSS la prestación de nacimiento y cuidado del menor por parto que le fue reconocida en fecha 28 de junio de 2021 desde el 11 de junio de 2021 al 30 de septiembre de 2021, a razón de una base reguladora diaria de 83,29 euros (folios 33 reverso y 34).



SEGUNDO.- Posteriormente en fecha 12 de julio de 2021 solicitó la prestación de nacimiento y cuidado de menor por parto como familia monoparental que le hubiera correspondido al otro progenitor (folios 7 reverso a 10 que se dan por reproducidos).

Le fue desestimada en resolución de la Dirección Provincial del INSS de fecha 15 de julio de 2021, por no encontrarse en ninguna de las situaciones protegidas de acuerdo con lo previsto en los artículos 177 y 318 de la LGSSS, así como en los artículos 45.1 apartado d) y 48 ET y en los artículos 2, 3, 22 del RD 295/2009 de 6 de marzo (documento obrante al folio 10 reverso que se da por reproducido).

TERCERO. Interpuesta reclamación previa en fecha 7 de octubre de 2021 (folios 11 reverso a 20 fue desestimada en resolución de 21 de octubre de 2021 indicando no existe previsión legal para reconocer este derecho como otro progenitor (folios 33 reverso y 34 que se dan por reproducidos).

CUARTO.- De estimarse la demanda de la actora tendría derecho a la prestación económica por nacimiento y cuidado del menor durante un periodo de 16 semanas adicionales que le hubieran correspondido al otro progenitor a razón de una base reguladora diaria de 83,29 euros (conformidad partes acto juicio".

SEGUNDO.- En la citada sentencia consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando en la forma expuesta la demanda interpuesta por el Sindicato de enfermería (SATSE) en nombre y en interés de la afiliada doña Josefa contra el INSS y la TGSS debo declarar el derecho de la actora a disfrutar del periodo de 16 semanas adicionales que le hubiera correspondido al otro progenitor y condenar a la entidad gestora demandada, sin perjuicio de las responsabilidades legales de la TGSS a estar y pasar por esta declaración y a abonar a la actora la prestación económica por nacimiento y cuidado de menor durante un periodo de 16 semanas adicionales que le hubiera correspondido al otro progenitor a razón de una base reguladora diaria de 83,29 euros".

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación del INSS y TGSS ante la sala de lo social del TSJ de Cataluña 23/2023, de 9 de enero (rec. 3476/2022), en la que consta el siguiente fallo:

"Desestimar el recurso de suplicación interpuesto por el INSS contra sentencia de 7 de diciembre de 2021 dictada por el Juzgado de lo Social núm. 14 de Barcelona en los autos 942/2021), confirmándola".

CUARTO.- Por la letrada del INSS se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma sala de suplicación, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la sentencia dictada por la sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia de Comunidad Valenciana de 19 de octubre de 2021 (rec. 1563/2021).

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

Por la representación de la parte actora no se presentó escrito impugnación.

Por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar que el recurso debe ser estimado.

SEXTO .- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo del presente recurso el día 11 de septiembre de 2024.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión planteada y la sentencia recurrida.

1. La cuestión a resolver en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar si en una familia monoparental, la única progenitora que disfrutó de la prestación por nacimiento y cuidado del menor, tiene derecho también al disfrute de la prestación que le hubiera correspondido al otro progenitor de haber existido.

2. La actora doña Josefa es madre biológica de un menor nacido el NUM001 de 2021, siendo familia monoparental. Solicitó ante la Dirección Provincial del INSS la prestación de nacimiento y cuidado del menor por parto que le fue reconocida en fecha 28 de junio de 2021, desde el 11 de junio de 2021 al 30 de septiembre de 2021, a razón de una base reguladora diaria de 83,29 euros (folios 33 reverso y 34). Posteriormente en fecha 12 de julio de 2021 solicitó la prestación de nacimiento y cuidado de menor por parto como familia monoparental que le hubiera correspondido al otro progenitor. Esta petición fue desestimada en resolución de la Dirección Provincial del INSS de fecha 15 de julio de 2021, por no encontrarse en ninguna de las situaciones protegidas legalmente. Se agotó la vía previa, según consta en hechos probados.

3. La actora presentó demanda de prestación de nacimiento y cuidado del menor solicitando se le reconocan la prestación por nacimiento y por cuidado de menor que le hubiera correspondido al otro progenitor.



La sentencia del Juzgado de lo Social núm. 14 de Barcelona, de fecha 7 e diciembre de 2021 (autos 924/2021), estima la demanda, declarando el derecho de la actora a disfrutar del periodo de 16 semanas adicionales que le hubiera correspondido al otro progenitor.

4. La representación de la Administración de la Seguridad Social interpuso recurso de suplicación interesando la revocación de la sentencia y desestimación de la demanda.

La sentencia de la sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia Cataluña 23/2023, de 9 de enero (rec. 3476/2022), desestimó el recurso de suplicación confirmando íntegramente la sentencia de instancia.

La sala de lo social del TSJ considera que existe una desigualdad real en la que se encuentran las familias monoparentales, existiendo una situación de discriminación, debiendo protegerse adecuadamente a la familia por lo que desestima el recurso de suplicación.

SEGUNDO.- El recurso de casación para la unificación de doctrina, el informe del Ministerio Fiscal y el análisis de la contradicción.

1. La letrada de la Administración de la Seguridad Social ha interpuesto recurso de casación para la unificación de doctrina contra la sentencia dictada por sala de lo social del TSJ de Cataluña 23/2023, de 9 de enero (rec. 3476/2022).

El recurso invoca de contraste la sentencia de la sala de lo social del TSJ de Comunidad Valenciana de 19 de octubre de 2021 (rec. 1563/2021) y denuncia la infracción de los artículos 42, 177 a 180 LGSS, en relación con el artículo 48.4 ET alegando que no existe discriminación, ni trato desfavorable, puesto que la prestación se regula sin distinción alguna para todos los menores nacidos en familias monoparentales de uno u otro género.

El recurso solicita la casación y anulación de la sentencia recurrida y la desestimación de la demanda.

2. La parte actora no presentó escrito de impugnación.

3. Partiendo de la existencia de contradicción entre la sentencia recurrida y la referencial, el Ministerio Fiscal interesa en su informe la estimación del recurso.

4. Apreciamos, de conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal, la existencia de contradicción entre la sentencia recurrida y la sentencia de contraste.

En la sentencia de contraste, la actora con fecha de 22 de junio de 2020 fue madre de una niña, teniendo el título de familia monoparental. Por el INSS se dictó resolución de fecha registro salida 06.07.20 reconociendo el derecho de la demandante a la prestación de nacimiento y cuidado de menor, con fecha efectos 22.06.20 y fecha vencimiento 11.10.20, conforme a una base reguladora diaria de 83'8699 euros. Frente a la anterior resolución por la demandante se formuló reclamación previa mediante escrito de fecha 17.08.20, solicitando se le reconozca el derecho a la prestación de nacimiento y cuidado de menor durante 28 semanas en lugar de las 16 semanas reconocidas, en base a que ha formado una familia monoparental, siendo expresamente desestimada por resolución del INSS de fecha registro salida 21.09.20, en base a que no se dan ninguno de los supuestos de ampliación de la prestación. La sala de suplicación desestima el recurso confirmando la sentencia de instancia que desestimó la pretensión de la actora, considerando que, el legislador podría haber regulado esta materia de un modo distinto a como lo hizo, entendiendo que el reconocimiento en condiciones de igualdad para la monoparentalidad del derecho a la prestación dispensada al otro progenitor en las familias biparentales constituye una mera argumentación de *lege ferenda*, que cabalmente no puede ser empleada como sustento de una decisión jurisdiccional.

Y, con estas semejanzas, siendo las actoras familias monoparentales que solicitan semanas adicionales en la prestación, en la sentencia referencial se desestima tal petición, mientras que en la recurrida se reconoce el derecho a la actora a disfrutar de ese periodo adicional.

TERCERO.- La STS 169/2023 (Pleno), de 2 de marzo (rcud 3972/2020), aclarada por auto de 22 de marzo de 2023.

1. La cuestión suscitada en el presente recurso consistente en determinar si en una familia monoparental, la única progenitora que disfrutó de la prestación por nacimiento y cuidado del menor tiene derecho, además, a la prestación que le hubiera correspondido al otro progenitor de haber existido, ya fue resuelta en STS 169/2023 (Pleno), de 2 de marzo (rcud 3972/2020), aclarada por auto de 22 de marzo de 2023.

Reproducimos la citada STS 169/2023 (Pleno), de 2 de marzo (rcud 3972/2020), aclarada por auto de 22 de marzo de 2023.

2. Como se anticipó al inicio de la fundamentación jurídica de esta resolución la pretensión que en este asunto se formula es el reconocimiento a la única progenitora de un menor, a la que ya se le había reconocido



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

En efecto, en la LGSS, en el Título II sobre su régimen general y en el seno del Capítulo VI denominado "Nacimiento y cuidado del Menor", el artículo 177, bajo el epígrafe de "situaciones protegidas" dispone literalmente: "A efectos de la prestación por nacimiento y cuidado de menor prevista en esta sección, se consideran situaciones protegidas el nacimiento, la adopción, la guarda con fines de adopción y el acogimiento familiar, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las comunidades autónomas que lo regulen, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año, durante los períodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en los apartados 4, 5 y 6 del artículo 48 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y en el artículo 49.a), b) y c) del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público". Tal redacción se introdujo por el artículo 4.3 del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación. La justificación de dicha nueva redacción se efectúa en el preámbulo de la mencionada norma en los siguientes términos: "El artículo 4 contempla la adaptación de la normativa de Seguridad Social a las medidas previstas en la regulación laboral, redefiniendo las prestaciones a la luz de los nuevos derechos. De igual manera, se crea una nueva prestación para ejercicio corresponsable del cuidado del lactante conforme a las novedades introducidas tanto en el Estatuto de los Trabajadores como en el Estatuto Básico del Empleado Público. Por su parte, el artículo 7 contiene las adaptaciones necesarias para incluir estas prestaciones en la acción protectora del Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos de la Seguridad Social. En la medida que la redefinición de las prestaciones supone un aumento del gasto, la ampliación de la acción protectora se atenderá cuando fuera necesario con fondos procedentes del Estado para mantener la sostenibilidad del sistema de la Seguridad Social".

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

3. Obviamente, interesa dejar constancia de algunos aspectos relevantes del mencionado apartado cuarto del artículo 48 ET de cuyo tenor, resulta importante destacar a los presentes efectos lo siguiente: "El nacimiento, que comprende el parto y el cuidado de menor de doce meses, suspenderá el contrato de trabajo de la madre biológica durante 16 semanas, de las cuales serán obligatorias las seis semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto, que habrán de disfrutarse a jornada completa, para asegurar la protección de la salud de la madre. El nacimiento suspenderá el contrato de trabajo del progenitor distinto de la madre biológica durante 16 semanas, de las cuales serán obligatorias las seis semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto, que habrán de disfrutarse a jornada completa, para el cumplimiento de los deberes de cuidado previstos en el artículo 68 del Código Civil. ... La suspensión del contrato de cada uno de los progenitores por el cuidado de menor, una vez transcurridas las primeras seis semanas inmediatamente posteriores al parto, podrá distribuirse a voluntad de aquellos, en períodos semanales a disfrutar de forma acumulada o interrumpida y ejercitarse desde la finalización de la suspensión obligatoria posterior al parto hasta que el hijo o la hija cumpla doce meses. No obstante, la madre biológica podrá anticipar su ejercicio hasta cuatro semanas antes de la fecha previsible del parto. El disfrute de cada período semanal o, en su caso, de la acumulación de dichos períodos, deberá comunicarse a la empresa con una antelación mínima de quince días. Este derecho es individual de la persona trabajadora sin que pueda transferirse su ejercicio al otro progenitor".

También la redacción actual deriva del mencionado RDL 6/2019, de 1 de marzo y sobre la misma conviene destacar la equiparación de la duración de la suspensión contractual entre ambos progenitores, así como la obligatoriedad de disfrute conjunto de las seis semanas posteriores al parto y la prohibición de transferencia del derecho entre progenitores, que se justificó, según el preámbulo de la norma por responder "a la existencia de una clara voluntad y demanda social. Los poderes públicos no pueden desatender esta demanda que, por otro lado, es una exigencia derivada de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución; de los artículos 2 y 3.2 del Tratado de la Unión Europea; y de los artículos 21 y 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de



la Unión Europea. De esta forma se da un paso importante en la consecución de la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres, en la promoción de la conciliación de la vida personal y familiar, y en el principio de corresponsabilidad entre ambos progenitores, elementos ambos esenciales para el cumplimiento del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres en todos los ámbitos".

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

4. 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.

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

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

6. Por lo que respecta a la CE, hemos afirmado que según constante y reiterada doctrina constitucional, corresponde al legislador determinar el nivel y condiciones de las prestaciones a efectuar o las modificaciones para adaptarlas a las necesidades del momento. Así lo vino señalando el Tribunal Constitucional como se recuerda en su sentencia 75/2011 diciendo que "el artículo 41 CE convierte a la Seguridad Social en una función estatal en la que pasa a ocupar una posición decisiva el remedio de situaciones de necesidad, pero tales situaciones han de ser apreciadas y determinadas teniendo en cuenta el contexto general en que se producen y en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los diversos grupos sociales. No puede excluirse por ello que el legislador, apreciando la importancia relativa de las situaciones de necesidad a satisfacer, regule, en atención a las circunstancias indicadas, el nivel y condiciones de las prestaciones a efectuar o las modifique para adaptarlas a las necesidades del momento (STC 65/1987, de 21 de mayo, FJ 17". En definitiva, como advierte la propia STC 197/2003, de 30 de octubre, FJ 6 *in fine*, si bien



la cobertura de las situaciones de necesidad de los colectivos sociales "es un ideal claramente deseable a la luz de los principios rectores de la política social y económica que nuestra Constitución asume en sus arts. 41 y 50 y que han de informar la legislación positiva - artículo 53.3 CE-", sin embargo "este Tribunal Constitucional no debe interferir con decisiones singularizadas susceptibles de alterar el equilibrio económico financiero del conjunto del sistema, salvo que la diferencia de tratamiento controvertida esté desprovista de toda justificación objetiva y razonable (STC 184/1993, de 31 de mayo, FJ 6".

Razones que refuerzan la tesis de que estamos ante la posible ampliación de la protección que el sistema otorga a un determinado colectivo -las familias monoparentales- cuyo alcance, e intensidad corresponde determinarlo al legislador; sin que esta Sala -ni ningún otro órgano judicial- pueda adoptar decisiones singularizadas que sustituyan, amplíen o restrinjan la configuración efectuada por legislador, mucho menos, si tales decisiones pueden potencialmente afectar a la economía del sistema contributivo de protección social. Teniendo en cuenta, además, que, como razonaremos, la regulación vigente de la protección por nacimiento y cuidado del menor en este tipo de familias ni resulta contraria al principio de igualdad del artículo 14 CE ni contraviene ningún principio constitucional, sin perjuicio de que de *lege ferenda* pudiera ser deseable que fuera mayor o más intensa, lo que, obviamente, también sería predicable para otros colectivos sociales.

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

Así, por lo que respecta al derecho de la Unión, la normativa vigente en la materia cumple sobradamente con las exigencias de la Directiva 2019/1958, en cuyo preámbulo "se anima a los Estados miembros a que valoren si las condiciones y las modalidades detalladas de ejercicio del derecho al permiso parental, el permiso para cuidadores y las fórmulas de trabajo flexible deben adaptarse a necesidades específicas, por ejemplo, familias monoparentales, padres adoptivos, progenitores con discapacidad, progenitores que tienen hijos con discapacidad o enfermedades graves o crónicas o progenitores en circunstancias particulares, tales como las relacionadas con nacimientos múltiples o prematuros". Previsión del preámbulo que va dirigida específica y concretamente a los Estados, sin que, respecto a lo en ella contenido, se establezca una regulación común o mínima que obligue a los estados miembros ni que determine lo que al respecto puedan decidir y mucho menos condicione la interpretación que de la regulación estatal homologada con las previsiones de la Directiva tengan que realizar los órganos de justicia. A la misma conclusión hay que llegar respecto a las previsiones de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) que contiene previsiones (artículo 21 - prohibición de discriminación-; artículo 24 - especial atención al interés del menor; artículo 33 -derecho de toda persona a un permiso pagado por maternidad y un permiso parental por nacimiento o adopción de un niño-), a las que la legislación española se adecúa perfectamente.

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



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

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

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

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

Además, a juicio de la Sala, los datos disponibles revelan que estamos ante una situación conocida por el legislador que, por razones en las que no nos corresponde entrar, ha decidido de momento no intervenir para regular la situación que aquí se plantea. Ello sin perjuicio de que pueda realizarlo en cualquier caso cuando lo considere oportuno. Lo bien cierto es que, a la fecha de la deliberación de esta resolución, consta que el parlamento no ha aprobado una proposición de ley orientada a ampliar el permiso a 32 semanas en el caso de las familias monoparentales (B.O. Congreso de los Diputados de 14 de enero de 2022) y que, en fecha recentísima, el Senado ha desestimado por abrumadora mayoría una enmienda, la n.º 93, al Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, consistente en la modificación del artículo 48.4 ET, en el siguiente sentido: "En el supuesto de familias monoparentales, la persona trabajadora podrá acumular el tiempo de permiso que correspondería a la otra persona trabajadora si la hubiera" (Diario Oficial del Senado de 8 de febrero de 2023).

11. En el caso presente, por unos elementales principios de igualdad y seguridad jurídica, las consideraciones anteriores nos conducen a declarar que la actora no tiene derecho a la nueva prestación solicitada, por lo que procede, de conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal, estimar el recurso de casación para unificación de doctrina.

CUARTO.- La estimación del recurso de casación para la unificación de doctrina.

1. Lo expuesto conduce, de conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal, a la estimación del recurso de casación para la unificación de doctrina, a la casación y anulación de la sentencia recurrida; y a



resolver el debate planteado en suplicación, en el sentido de estimar el recurso de tal clase planteado por la representación del INSS, lo que conlleva la revocación de la sentencia de instancia y desestimación de la demanda, absolviendo a la parte demandada de las pretensiones formuladas en su contra.

2. No procede efectuar pronunciamiento alguno sobre costas (artículo 235 LRJS).

FALLO

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

:

1. Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la letrada de la Administración de la Seguridad Social en representación del INSS.

2. Casar y anular la sentencia dictada por la sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 23/2023, de 9 de enero (rec. 3476/2022).

3. Resolver el debate de suplicación en el sentido de estimar el recurso de suplicación formulado por la representación de la Administración de la Seguridad Social, revocando la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 14 de Barcelona, de 7 de diciembre de 2021 (autos 924/2021) y desestimar la demanda formulada por el Sindicato de enfermería en representación de su afiliada Josefa , absolviendo a la parte demandada de las pretensiones formuladas en su contra.

4. No procede efectuar pronunciamiento alguno sobre costas.

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

Así se acuerda y firma.