

# EL CONFLICTO DE CONCILIACIÓN TRABAJO-FAMILIA Y MONOPARENTALIDAD: ¿QUIÉN DEBE GARANTIZAR LAS NECESARIAS ACCIONES POSITIVAS?

CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE

NET<sub>21</sub> NÚMERO 4, JUNIO 2021

*"¿No te aburre asistir al fuego fatuo de los taumaturgos? ¿Al odio de los viscerales? ¿No te empalagan los alabanceros? / (...) / ¿los mentirosos constitucionales? ¿la caridad de los roñosos? (...) / ¿el vaivén de la bolsa? ¿no te viene el deseo irreprímible de abrir la boca en un bostezo espléndido?  
(...)"*

Benedetti. Bostezo

**1**. La diversidad familiar, frente al modelo monolítico del inicial Estatuto (ej.: solo la unidad matrimonial tiene el derecho al permiso de 15 días naturales ex art. 37.3 a) ET y el TS no ha querido corregir esta obsolescencia -STS, 4ª, 717/2019, 22 de octubre -con un fundado voto particular contrario de tres Magistradas-), es un valor constitucional (art. 39 CE). Como tal, el ordenamiento, informado y conformado, por él, en virtud de sus arts. 1.1 y 9.1 en relación con los arts. 9.2 y 10 CE, debiera no solo promoverlo, sino garantizarlo, como razón de pluralismo social y de equidad de trato de cada libre elección (arts. 9.2, y 14 CE). En nuestro tiempo, una de las manifestaciones típicas de esa diversidad de opción es, sin duda, la creación de unidades familiares monoparentales<sup>1</sup>, ocho de cada 10 encabezadas por mujeres (prueba estadística).

Pero, al mismo tiempo, la realidad (art. 3.1 CC) también pondría de manifiesto que esa opción halla mayores dificultades que las, muchas, que encuentran

---

<sup>1</sup> Frente a la polémica terminológica, parto de la ciencia etimológica y del sentido jurídico. De un lado, monoparental no procede de "pater-patris" (padre), sino del término romano "parentalis" o "parens": "propio de quien da a luz" o "pare" (a alguien). De otro, "monomarental" sería equívoco, porque todos/as tenemos una sola madre -o una biológica, o una jurídica-. Sé que no es una cuestión lingüística, tampoco jurídica, sino político-ideológica. Por eso es irresoluble, toda opción es respetable; quería expresar la mía

las biparentales para afrontar el conflicto trabajo-familia. Consecuentemente, en atención sea al derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) sea al derecho a la remoción de los obstáculos reales con que las personas y grupos se topan a diario, para que sus libertad e igualdad sean efectivas (art. 9.2 CE), la legislación debe establecer un conjunto de políticas, derechos y servicios que los corrija o remueva. A través de tales medidas y garantías se debe asegurar, o facilitar, una solución coherente y razonablemente equilibrada del este tipo de conflicto, para que todas las personas y grupos puedan disfrutar de forma equitativa de sus libertades de opción, al margen de la elección realizada por un modelo u otro de unidad familiar.

2. Justamente, este enfoque de promoción de libertades e igualdades reales, removiendo los obstáculos para su goce efectivo en unidades monoparentales (adulto -normalmente mujer- y descendientes menores que dependen de aquél), es asumido por el Anteproyecto de Ley sobre Diversidad Familiar (y apoyo a las familias) que prepara el Gobierno, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. Con él se pretende corregir una clara situación de desigualdad, dotándolas de un estatuto reforzado, como, por ej., su calificación como familias numerosas (categoría especial) con solo dos hijos/as (la regla común es tres -art. 2 Ley 40/2003, 18 de noviembre-, salvo discapacidad de uno/a). De este modo, las familias monoparentales podrían recibir, como es exigible -y ya sucede en ciertos marcos autonómicos, que han llevado a cabo esta equiparación-, mayores medidas de apoyo a fin de conciliar los tiempos de trabajo "reproductivo" (trabajo de cuidar) y "productivo" (trabajo mercantil).

No es ninguna regulación privilegiada, sino de estricto imperativo de igualdad real, para que la libertad de elección, y la protección del valor de la diversidad familiar, sean reales. Ha de tenerse en cuenta que se trata de compensar, así, su plus de riesgo de vulnerabilidad-exclusión social (entre el 26% y el 46,8% en familias monoparentales si suman un hijo/a, 5% sin son dos progenitores). Por supuesto, también las unidades familiares monoparentales con un hijo o una hija solo ameritarán medidas de apoyo especial (ayuda a domicilio, servicios de guardería, etc.). Además, tanto el principio de diligencia debida por parte de los Estados en aras de la equidad de género (Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer -CEDAW), así como la protección del interés superior de la persona menor (niño/a), conforme a la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), incluso del art. 8 Convenio Europeo de los Derechos Humanos y Libertades Públicas, así lo requerirían.

3. Ahora bien, igualmente conocido es que tales principios vinculan los Tribunales, es decir, es fuente del "Derecho viviente", al Derecho extralegal o (fuente) jurisprudencial. Precisamente, una aplicación radical, a mi juicio, por lo que razonaré, de estos principios jurídicos (cierto, no opcionales, sino obligatorios), un puñado, creciente, de decisiones judiciales han decidido reconocer el derecho a la acumulación de permisos por nacimiento a las mujeres que, cabezas de unidades monoparentales, piden sumar el que le correspondería al otro progenitor, pese a que eligen no tenerlo. Fue el caso de la pionera STSJ PV 1217/2020, 6 de octubre. En ella se identifica una discriminación indirecta por razón de género en la regulación estatutaria -art. 48 ET- y de seguridad social -arts. 177 y ss. TRLGSS-<sup>2</sup>, así como un agravio indebido del hijo/a en una familia monoparental, respecto de las biparentales, que tendrían más tiempo de cuidados.

Pero ya no está sola, tiene cada vez más émulos. Sería el caso de la sentencia del Juzgado de lo Social -SJS- 3 de Orense, de 24 de marzo de 2021, y de la SJS 16 de Valencia de 10 de mayo de 2021. En ellas, junto a la discriminación indirecta por razón de sexo (juzgar con perspectiva de género), realmente la razón de decidir reside en el principio de diligencia debida en garantizar el interés superior del menor (juzgar con perspectiva de infancia). Sobre esta estela, el CGPJ<sup>3</sup>, en su condición de "empleador", reconoce a las unidades monoparentales (era una Magistrada la solicitante) el derecho a la acumulación, pese a la actual prohibición de transferibilidad, en -dudosa- aplicación analógica de la excepción prevista para la muerte de la madre biológica. En suma, el interés superior del menor se usa como una fuente directa de creación *extralegem*, si no *contralegem*, del Derecho social. Sin embargo, el citado CDN resulta mucho más ambivalente.

4. Soy consciente de que esta posición judicial se está granjeando no solo el favor del CGPJ, sino el de la comunidad científica<sup>4</sup>. Sin querer practicar el oficio de adivino, siendo incierta la decisión final, quizás pueda augurarse que el TS decidirá seguir el mismo camino de la protección de hijos/as gestados por sustitución –"maternidad subrogada"-. En este caso, pese a que ni el TEDH ni el TJUE ni la Sala Civil del TS español vincularon la solución a este tema al interés superior del menor, la Sala Social sí hizo de él una fuente

---

<sup>2</sup> Según el INE, las familias monoparentales constituidas por varones son 357.900, por mujeres 1.530.600.

<sup>3</sup> <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/El-CGPJ-avala-que-una-magistrada-progenitora-unica-acumule-los-permisos-por-nacimiento-que-la-ley-preve-para-familias-biparentales>.

<sup>4</sup> Cfr. Patricia Nieto Rojas. <https://forodelabos.blogspot.com/2021/05/familias-monoparentales-pueden-acumular.html>

directa. Creó la prestación en un ejercicio de la función de suplencia legislativa que, sin embargo, en otros casos rechaza. De este modo, orilla el principio de predeterminación legal de la prestación y reduce el margen de apreciación legal.

Honestamente, yo albergo más dudas. Dudas no solo de que esta doctrina sea correcta en el plano de la técnica jurídica, sino de que, desde la política del derecho social a la conciliación efectiva, la acumulación de permisos sea la mejor protección para la familia monoparental y la mujer que suele encabezarla (equidad de género). Trataré de esbozar mis razones. De un lado, en el plano de la técnica jurídica llama la atención la inmediatez y unilateralismo con que se interpreta el, sin duda, vinculante, principio de protección del interés superior del menor, cuando la norma internacional evidencia bastante más ambivalencia.

Ciertamente, el art. 26.1 CDN exige que las prestaciones se concedan sobre un juicio de la situación concreta de “las personas que sean responsables del mantenimiento del niño” (o de la niña), y la familia monoparental es una situación de necesidad especial. Pero no menos verdad es que, conforme al art. 18.1 CDN, el interés superior del menor se identifica con su ejercicio de corresponsabilidad. Al ser este descartado por decisión unilateral, normalmente por la mujer, del art. 18.3 CDU se infiere que esa protección especial requerirá, como pretende la proyectada ley de diversidad, el “derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas”. Sorprende, pues, que se identifique tan alegremente el interés superior del menor, conforme al CDU, con la duplicación de un permiso de cuidar que, conforme a la jurisprudencia, tiene una finalidad específica y diferenciada para cada progenitor, sin confundirse ni sumarse sin más. No hay ni una sola base jurídica en el CDN para concluir que, a una situación de necesidad específica de una persona menor, como en este caso, tenga que corresponderle una determinada medida de acción positiva (la duplicidad prestacional). Ya lo advirtió la STC 111/2018, 17 octubre, respecto de la equiparación de permisos, por lo que una cosa es que esa acumulación pueda convenir para remover el obstáculo (juicio político) y otra que se cree o imponga como obligada por la vía interpretativa

De otro lado, y situados ahora en este juicio de política jurídica, también tengo mis reservas sobre el modelo de conciliación trabajo-familia subyacente a la acumulación. A mi juicio perpetuaría el tradicional, el basado en mantener a la trabajadora fuera del trabajo mercantil el mayor tiempo posible para ser (más) útil al trabajo reproductivo (no remunerado), bien de forma total

(permisos, excedencias sin retribución ni prestación) bien parcialmente (reducción de jornada y salario). Sin embargo, a mi entender, garantizado un permiso mínimo suficiente (tarea que corresponde, en el Estado democrático de Derecho a la ley, así como a la negociación colectiva, fuentes de creación directa de derechos –más si son de acción positiva-), las medidas de solución conciliadora en el conflicto trabajo-familia tiene que fundamentarse en facilitar la permanencia de la trabajadora (la más afectada de facto, aunque la titularidad del derecho sea indistinta) en el trabajo mercantil, de modo que sea éste el que se adapte lo más posible a las razones de conciliación de toda unidad familiar, especialmente de la unidad monoparental.

Justamente, ese es el modelo que fomenta el art. 34.8 ET y cuya aplicación favorable al derecho de conciliación, atendiendo a las mayores razones de necesidad de la unidad familiar monoparental, sí vincula de forma inmediata a los Tribunales, una vez se ha pronunciado la ley ya en tal sentido. Es a la interpretación a la que ahora corresponde una lectura constitucional de favor del nuevo modelo legal, para que tenga la mayor efectividad posible en la vida diaria (principio de constitucionalidad ex art. 5 LOPJ). Una línea interpretativa expansiva que defiende, con acierto, la STSJ Galicia de 5 de febrero de 2021, rec. 3191/2020, en virtud de la cual, una trabajadora, cabeza de una unidad monoparental con 3 personas menores a su cargo, ve reconocido el derecho al desarrollo de su prestación parcialmente en régimen de teletrabajo, que la empresa le negó. De este modo, se presume la necesidad de conciliación.

Veremos que opción sigue la Ley de Diversidad Familiar a la hora de crear el estatuto de favor ameritado, sin duda, por las unidades monoparentales, a fin de que la decisión –sobre todo de la mujer- resulte realmente libre en el plano social (art. 10.1 en relación al art. 14 CE). Para lo que se precisan medidas de acción positiva, que corrija o remueva los obstáculos (art. 9.2 CE) pero por su fuente jurídica adecuada.