

EL DIFÍCIL OFICIO DE LABORALISTA EN TIEMPOS DE ACTIVISMO JUDICIAL. LAS FAMILIAS MONOPARENTALES COMO EJEMPLO

Juan Bautista Vivero Serrano, Catedrático de Derecho del trabajo (Universidad de Salamanca), Magistrado (suplente) del TSJ de Madrid y socio de ASNALA

El oficio de laboralista presenta desde hace algunos años una complejidad fuera de lo común, que desborda la dificultad habitual de esta rama del Derecho mucho más expuesta que las demás al permanente cambio normativo de un día para otro (uso y abuso del real decreto-ley), así como al cambio jurisprudencial sin necesidad de cambio normativo por medio. La propia conflictividad que acompaña ineludiblemente a las relaciones laborales es una fuente inagotable de litigiosidad y de paso de complejidad. Una complejidad de serie que desmiente la otrora asentada idea del Derecho laboral como disciplina jurídica menor y hasta fácilona.

La complejidad fuera de lo común y en crecimiento exponencial tiene que ver con un fenómeno jurídico de alcance general, pero que presenta en el Derecho del trabajo y de la seguridad social su punto álgido. Se trata de la tutela multinivel de los derechos laborales y de seguridad social. Ahora más que nunca algunas de las decisiones aplicativas e interpretativas más relevantes se adoptan fuera de España, unas veces por verdaderos órganos jurisdiccionales como el TJUE y el TEDH y otras por órganos de supervisión y control no jurisdiccionales como el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS), la Comisión de Expertos de la OIT, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, etc.

La convivencia no siempre pacífica entre las altas cortes españolas (TC y TS) y las altas cortes europeas, más el resto de órganos internacionales de supervisión y control no jurisdiccionales, complica sobremedida el mundo de las relaciones laborales y de la seguridad social. Las cuestiones prejudiciales ante el TJUE, las reclamaciones colectivas ante el CEDS, las demandas ante el TEDH, las quejas en sentido amplio ante los diferentes órganos de garantía de las Naciones Unidas (muy en particular, ante la OIT) generan un complejísimo cuerpo internacional de doctrina judicial y cuasi judicial que interactúa con la jurisprudencia española, la constitucional y la ordinaria.

La interacción que corresponde realizar a los jueces y tribunales españoles se vale de técnicas como la primacía del Derecho de la Unión Europea, el control difuso de convencionalidad y la interpretación conforme, que conoce diversas variantes. Y, en lo que aquí interesa, arroja un resultado o panorama aplicativo e interpretativo de una complejidad sobresaliente. En este sentido, constituye todo un filón el régimen del despido (concepto de despido, audiencia previa, preaviso, indemnización adecuada, etc.). En este inabarcable campo de juego nacional e internacional el oficio de laboralista se torna sobrehumano al tiempo que más necesario que nunca.

Por si lo anterior no bastase, el oficio de laboralista se complica adicionalmente en estos tiempos de activismo judicial, de triunfo del interprete de la norma sobre el autor de la norma, del poder judicial sobre el poder legislativo. No se cuestiona aquí la creatividad judicial, imprescindible en las actuales sociedades complejas y más con la imparable hipertrofia normativa y con la técnica legislativa en caída libre. Se cuestiona algo cualitativamente muy diferente, el activismo judicial como expresión de la búsqueda de la justicia material en la subjetiva concepción de los jueces y tribunales, con postergación de la inequívoca solución normativa construida democráticamente. Un activismo judicial, auspiciado por el pujante pensamiento iusmoralista (*iuspositivismo versus iusmoralismo*), que genera una inseguridad jurídica adicional a la propia e inevitable de todas las sociedades complejas.

Nada mejor para ilustrar lo apenas dicho sobre el activismo judicial y sus perniciosas consecuencias para la seguridad jurídica que recurrir a un ejemplo muy reciente, relativo a la duración del permiso retribuido por nacimiento y cuidado de menor en las familias monoparentales, con una incomprensible disparidad de criterio entre las Salas de lo Social y de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, con el TJUE y el Tribunal Constitucional también presentes de alguna manera.

Pues bien, aunque la mayoría de los jueces y tribunales de lo social, con el beneplácito de buena parte de la doctrina científica, venía apartándose de la literalidad de las correspondientes normas laborales y de seguridad social para reconocer a las familias monoparentales, muy mayoritariamente formadas por mujeres, una duración ampliada de la tutela laboral (suspensión del contrato de trabajo) y de seguridad social (prestación por nacimiento y cuidado de menor), pasando de las 16 semanas previstas por la ley para cada uno de los progenitores a las 26 semanas para el progenitor único, añadiendo las 10 semanas no obligatorias que le habrían correspondido al otro progenitor de existir y de ostentar tal condición formal, el Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo vino a poner coto a semejante manifestación de activismo judicial, defendiendo enérgicamente la interpretación literal de las normas en vigor frente a la interpretación extensiva e integradora, dejando el número de semanas para las familias monoparentales en 16: STS, 4ª (Pleno), 2-3-2023, rcd 3972/2020, seguida de otras en el mismo sentido.

Para la Sala de lo Social del Tribunal Supremo la clave de la solución adoptada está en la no intromisión del poder judicial en la labor legislativa, descartando de plano que la ausencia de regulación expresa del nacimiento y cuidado de menor en las familias monoparentales constituya un simple olvido del legislador que deba ser objeto de integración, poniendo de manifiesto cómo a la altura del año 2019, cuando se sustituyeron las anteriores maternidad y paternidad por la nueva situación laboral y de seguridad social de nacimiento y cuidado de menor (Real Decreto-ley 6/2019), la reivindicación de la ampliación de los derechos de las familias monoparentales era sobradamente conocida, sin que el legislador quisiera hacerlo en ese momento. Es más, en varias de las reformas laborales y de seguridad social acometidas en los años sucesivos (RDL 2/2023, por ejemplo) las familias monoparentales han ido ganado nuevos derechos de seguridad social, pero no deliberadamente en el terreno del nacimiento y cuidado del

menor, por razones que solo al legislador corresponden. Y las iniciativas legislativas específicamente dirigidas a ese propósito tanto en el Congreso de los Diputados (proposición de ley del Partido Popular del año 2022, retomada por cierto en el año 2024) como en el Senado (enmienda de un senador de Compromís a la LO 1/2023) en los últimos años han tenido siempre el mismo resultado contrario a la ampliación.

También pone el acento la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en el hecho de que con la nueva configuración legal llevada a cabo en el año 2019, que equipara los derechos de ambos progenitores, reconociéndolos con carácter autónomo e intransferible, se persigue no tanto una finalidad de tutela del interés superior del menor (tutela presente antes y después de la reforma de 2019) cuanto de igualdad efectiva entre mujeres y hombres a través de la corresponsabilidad parental en el cuidado de la prole. La simple lectura del preámbulo del RDL 6/2019 es muy ilustrativa a este respecto y así lo recalca la STC 18/2023, que declara constitucional la citada norma de urgencia. Y no siendo factible por definición la corresponsabilidad parental en las familias monoparentales, la falta de reconocimiento de una mayor duración de los derechos para las familias monoparentales no plantea ni problema de constitucionalidad alguno ni de contravención de la legalidad internacional asumida por España.

A lo que habría que añadir, aunque nada diga la Sala de lo Social sobre este particular, que si la tutela del interés superior del menor hubiera sido el faro de la reforma de 2019 no se habría permitido que los progenitores pudieran eventualmente concentrar las 16 semanas de cada uno de ellos en el mismo periodo temporal, siendo evidentemente mejor para el interés del menor un disfrute de las 10 semanas no inmediatamente posteriores al parto (adopción, etc.) en periodos no coincidentes para cada progenitor, garantizando de esta manera un total de 20 semanas (a tiempo completo) de cuidado, además de las 6 semanas iniciales y obligatorias para ambos progenitores de manera simultánea (corresponsabilidad parental en grado sumo).

Así las cosas, llega la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (STS, 3ª, 15-10-2024, rec. 5372/2022) y adopta un criterio radicalmente contrario al de la Sala de lo Social, reconociendo a las familias monoparentales el derecho a 26 semanas de permiso retribuido en lugar de 16 semanas. No tiene mayor transcendencia el hecho de que las normas en liza sean formalmente distintas, el Estatuto de los trabajadores en un caso (apartados 4º, 5º y 6º art. 48 ET) y el Estatuto Básico del Empleado Público en el otro (apartados a], b] y c] art. 49 EBEP), pues los contenidos esenciales son coincidentes y así lo reconoce el Alto Tribunal. Como tampoco tiene ninguna transcendencia que para los funcionarios públicos sobre los que resulta competente la jurisdicción contencioso-administrativa el correspondiente descanso no se proteja económicamente mediante la prestación de seguridad social por nacimiento y cuidado de menor (arts. 177 ss. LGSS), sino mediante la figura estatutaria del permiso retribuido (art. 49 EBEP).

Tres comentarios críticos merece, al menos, la muy reciente sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo. El primero sobre la

razón por la que se separa del criterio de la Sala de lo Social. El segundo, y de mayor enjundia, acerca de la técnica empleada para alcanzar la solución adoptada, la interpretación de la legalidad ordinaria de conformidad con la Constitución. Y el tercero y último relativo al contexto judicial y parlamentario en el que se adopta la controvertida solución judicial, lo que permite conectar con los tiempos que corren de activismo judicial y su impacto en el difícil oficio de laboralista.

La razón que aduce la Sala de lo Contencioso-Administrativo para apartarse del criterio previamente adoptado por la Sala de lo Social produce cierto sonrojo, a saber, el tiempo transcurrido entre ambas sentencias, en relación con el canon hermenéutico de la realidad social en que las normas han de ser aplicadas (art 3.1 CC). Cierta sonrojo desde el momento en que el tiempo transcurrido es la friolera de un año y siete meses. Como si la problemática de las familias monoparentales no tuviera en marzo de 2023 la misma relevancia que muy poco tiempo después, en octubre de 2024. Y no por casualidad ni el frustrado proyecto de ley de familias del año 2023 ni el actual proyecto de ley de familias del año 2024 en tramitación parlamentaria contemplan una ampliación de los derechos de las familias monoparentales en materia de nacimiento y cuidado de menor. Y de nuevo habría que recordar el fracaso de las iniciativas legislativas específicas en el Congreso y en el Senado de los años 2022 y 2023.

Especial interés presenta la vía elegida para el reconocimiento judicial de la ampliación del permiso retribuido de 16 a 26 semanas para las familias monoparentales. Aunque se emplee formalmente la técnica de la interpretación de la legalidad vigente conforme a la Constitución española, lo cierto es que el Alto Tribunal se limita materialmente a efectuar un control de constitucionalidad que no le corresponde, tachando la interpretación literal y estricta de la normativa en vigor como inconstitucional por contravención del interés superior del menor del artículo 39 CE, en relación con la no discriminación del menor por razón de nacimiento del 14 CE. Justo lo contrario de lo que hace la Sala de lo Social muy poco tiempo antes, sin que la Sala de lo Contencioso-Administrativo se digne a confrontar su argumentación (interés superior del menor) con la previamente empleada por la mayoría de los magistrados del Pleno de la Sala de lo Social (corresponsabilidad parental e igualdad efectiva entre mujeres y hombres), al tiempo que puentea a estos mediante los argumentos del voto particular discrepante, mejor armado técnicamente, por cierto, que la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Lo que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo hace es desnaturalizar la técnica de la interpretación conforme creando artificialmente una duda interpretativa inexistente. Y no hay duda interpretativa posible porque la letra y el espíritu de la normativa reformada en el año 2019 no pueden ser más claros, sobre todo habiéndose negado insistentemente con posterioridad el legislador a la ampliación de derechos que ahora concede el Alto Tribunal tirando con pólvora del Rey. Y si no hay verdadera duda interpretativa que pueda resolverse con los cánones hermenéuticos del 3.1 CC, la técnica de la interpretación conforme deviene imposible y lo único que tiene sentido, de no aceptar la jurisprudencia social, es elevar una cuestión de inconstitucionalidad para que resuelva el Tribunal Constitucional, en su caso mediante la técnica de

la interpretación conforme, que no tiene la misma fisonomía cuando la emplea el Tribunal Supremo que cuando lo hace el Tribunal Constitucional.

El contexto en el que se produce la intervención rupturista de la Sala de lo Contencioso-Administrativo en octubre de 2024 es muy expresivo del activismo judicial que esta intervención representa como ejemplo paradigmático. Resulta que no solo hay una jurisprudencia social muy moderna. Hay también un muy reciente pronunciamiento frontal del TJUE sobre las familias monoparentales, que no ve problema alguno de compatibilidad entre la legislación española y la Directiva 2019/1158: STJUE, 16-5-2024, asunto C-673/2022. Hay un proyecto de ley de familias en tramitación parlamentaria que deliberadamente no recoge la ampliación reclamada por las familias monoparentales, como no lo hace tampoco el último acuerdo sobre reformas de seguridad social entre el Gobierno y los agentes sociales de septiembre de 2024. Y lo más importante de todo, hay pendientes varias cuestiones de inconstitucionalidad que permitirán al Tribunal Constitucional despejar las dudas de constitucionalidad sobre la duración de las suspensiones contractuales y de los permisos retribuidos en las familias monoparentales.

Hasta que no se pronuncie el Tribunal Constitucional no debería extrañar que vuelvan los jueces y tribunales de lo social a reconocer 26 semanas para las suspensiones contractuales en las familias monoparentales, puenteados a la Sala de lo Social del Tribunal Supremo y acogiéndose al criterio expansivo de la Sala de lo Contencioso-Administrativo aquí criticado. Y los laboristas, abogados y graduados sociales, tendrán otro ejemplo más de la dificultad sobrehumana de su oficio, sin saber bien qué decir a sus clientes, lo mismo da que sean empresas que trabajadores.

Por suerte, se ahorrarán en esta ocasión los laboristas la dificultad al haberse pronunciado el Tribunal Constitucional una vez escrito este breve texto. En una nota de prensa hecha pública el 6 de noviembre de 2024 se dice que el Alto Tribunal ha estimado la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña, declarando la legislación laboral (otro tanto habría que decir de la administrativa) contraria al principio constitucional de igualdad al deparar a los hijos nacidos en familias monoparentales un peor trato que a los nacidos en familias biparentales, sin una justificación objetiva, razonable y proporcionada por medio.

En realidad, el Tribunal Constitucional viene a desautorizar tanto a la Sala de lo Social del Tribunal Supremo como a la Sala de lo Contencioso-Administrativo, que no debería haber recurrido a la técnica de la interpretación conforme, sino al planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad o a la suspensión del pleito casacional a la espera de la resolución del Tribunal Constitucional. Y es que no deberían confundirse las funciones del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, no pudiendo hacer el primero lo que solo al segundo corresponde. En fin, un ejemplo de activismo judicial, el de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Supremo, no pudiendo decir otro tanto del Tribunal Constitucional sin tener todavía disponibles la sentencia y los votos particulares.

Ojalá no acaben pagando la fiesta judicial las mujeres y es que no debería olvidarse que con la reforma legal de 2019 se buscaba que las suspensiones contractuales por nacimiento y cuidado de menor tuvieran la misma duración efectiva para las mujeres y para los varones, no perjudicando laboralmente a las mujeres a través de la convicción empresarial de encontrarse ante una normativa laboral neutra de verdad, cuyo despliegue en la práctica está siendo *grosso modo* modélico. Ahora, en cambio, serán muy mayoritariamente las mujeres cabezas de familias monoparentales las que acabarán teniendo una suspensión contractual de 26 semanas en lugar de 16, lo que no parece que vaya a entusiasmar a los empresarios.