


Permisos y prestaciones de Seguridad Social e interés superior del menor en familias monoparentales: del fallo de la STC 140/2024, de 6 de noviembre y de la posible litigiosidad futura¹

Social Security Leave and Benefits and the Best Interests of the Child in Single-Parent Families: From Ruling STC 140/2024 to Potential Future Litigation

JORGE BAQUERO AGUILAR *Profesor Ayudante Doctor (Acreditado a Profesor Permanente Laboral)*
Universidad de Málaga (España)
 <https://orcid.org/0000-0002-8524-7947>

Sumario

1. Introducción
 2. La cuestión litigiosa que aborda la sentencia del Tribunal Constitucional
 3. La disparidad de las resoluciones previas
 4. La argumentación que avoca al fallo del Tribunal Constitucional: la vulneración del art. 14 en relación con el art. 39 de la constitución
 5. De la posible litigiosidad futura si no se produce una modificación de la normativa que contemple todas las aristas y controversias posibles
 6. Conclusiones
- Bibliografía

Fecha Recepción: 10/2/2025
Fecha Revisión: 31/3/2025
Fecha Aceptación: 1/4/2025

Cita Sugerida: BAQUERO AGUILAR, J.: «Permisos y prestaciones de Seguridad Social e interés superior del menor en familias monoparentales: del fallo de la STC 140/2024, de 6 de noviembre y de la posible litigiosidad futura». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 43 (2025): 165-186.

¹ Este trabajo es fruto de una Estancia de Investigación que se llevó a cabo por nuestra parte en el Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Sevilla durante el periodo comprendido entre 10 de junio hasta el 13 de septiembre de 2024, bajo la tutorización de la Profesora Dra. D^a. Cristina Sánchez-Rodas Navarro, Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de dicha Universidad. Dicha Estancia, con el tema objeto de investigación “*El estudio científico jurídico del derecho de conciliación en el empleo público*”, se desarrolló en el marco de los siguientes Proyectos e Institutos de Investigación: 1) PID2021-124031NB-C44 denominado “*Descarbonización y relaciones jurídicas de producción: políticas y acuerdos de transición justa en un contexto digital*”, 2) Grupo PAIDI SEJ-347 “*Políticas de Empleo, Igualdad e Inclusión Social*”, 3) GPIE 22-178 de la Universidad de Málaga: “*Grupo Permanente de Innovación Educativa en Justicia Relacional, Sostenibilidad y Derechos Humanos (JUST-INNOVA)*” y 4) Instituto Universitario de Justicia, Cooperación y Servicios de Interés General (*RELATIO*).

Resumen

La aparición de nuevos modelos de familia como la monoparental ha generado un debate jurisprudencial entre distintos órdenes que ha “resuelto” el Tribunal Constitucional aplicando el art. 14 en relación con el art. 39 de la Constitución. Todo ello a expensas de que el legislador termine de configurar de forma definitiva la nueva regulación legal tanto del permiso como de la prestación de Seguridad Social.

Palabras clave

Nacimiento y cuidado del menor; permisos; prestaciones de Seguridad Social; Sentencia del Tribunal Constitucional; interés superior del menor.

Abstract

The emergence of new family models, such as single-parent families, has generated legal debate among various jurisdictions. The Constitutional Court addressed the issue by applying Article 14 in conjunction with Article 39 of the Constitution. A definitive legal regulation of birth leave and Social Security benefits is still pending from the legislature.

Keywords

Birth and childcare; leave; Social Security benefits; Constitutional Court judgment; best interests of the child

1. INTRODUCCIÓN

Las nuevas realidades y los nuevos modelos de familia que se han venido configurando con el avance social de un siglo que ya se encuentra en su primer cuarto, han provocado cierta controversia y litigiosidad en los tribunales de justicia de nuestro país. Dentro de esas nuevas realidades, mujeres que constituyen un núcleo de familia monoparental como únicas sustentadoras de la misma, han elevado ante distintos órganos jurisdiccionales la pretensión de poder acumular el permiso por nacimiento y cuidado de menor que le hubiera correspondido al otro progenitor, en caso de existir.

Tras un largo periplo por distintos juzgados y tribunales superiores de justicia -así como también por distintos órdenes jurisdiccionales- la cuestión es abordada por parte del Tribunal Supremo. Es objeto de análisis de este trabajo de investigación la argumentación jurídica y el fallo de la Sala 4ª del Tribunal Supremo que negó en su momento la posibilidad de adicionar las semanas que pudiera corresponder al otro progenitor a la mujer que constituye una familia monoparental. También se analiza el fallo en sentido totalmente contrario de la Sala 3ª del alto Tribunal que sí que concede dicha adición a una empleada pública con un razonamiento jurídico totalmente opuesto al de la Sala 4ª.

Tras una cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, la STC 140/2024, de 6 de noviembre, “*resuelve*” la cuestión de planteada declarando la inconstitucionalidad del apartado 4 del artículo 48 del Estatuto de los Trabajadores en conexión con el art. 177 de la Ley General de la Seguridad Social. No obstante, dicha declaración no lleva aparejada la nulidad de los preceptos cuestionados al objeto de no perjudicar al resto de progenitores. De tal manera que se emplaza al legislador para una modificación futura de la norma. Aun así, el fallo de la STC concede una adición de 10 semanas a las 16 ya concedidas para el caso de familias monoparentales constituidas por mujeres. No obstante, el TC “*condiciona y limita*” la regulación futura por parte del legislador.

En ese sentido, se lleva a cabo un análisis de la normativa tanto laboral como de Seguridad Social, puesto que el ordenamiento jurídico en vigor alberga toda una serie de preceptos que plantean toda una variedad de permisos y prestaciones tanto contributivas como no contributivas que -planteamos- deberán ser analizados desde la perspectiva antidiscriminatoria. De no ser así, la cantidad de variables que contempla la norma puede dar lugar a una dispar y heterogénea conflictividad y litigiosidad futura.

2. LA CUESTIÓN LITIGIOSA QUE ABORDA LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Trata de dilucidar la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) la inconstitucionalidad (Cuestión de inconstitucionalidad 6694/2023) de una serie de preceptos que plantea la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (TSJ-Cataluña) ante el Tribunal Constitucional (TC) en relación con los apartados 4, 5 y 6 del art. 48 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET), puestos los preceptos anteriores en conexión con el art. 177 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), ya que desde la perspectiva del Derecho del Trabajo se regula el permiso y, por otro lado, desde la de la Seguridad Social se regula la prestación económica que, en su caso, puede llevar aparejada. Se analizan los principios de igualdad y no discriminación por razón de sexo y de protección de la familia y de los hijos en nuestro régimen de Seguridad Social, planteándose la inconstitucionalidad de la regulación legal de los permisos por nacimiento y cuidado de menor que omite la posibilidad -en la regulación actual- de que las madres biológicas de familias monoparentales puedan ampliar su permiso por nacimiento disfrutando del permiso que correspondería al otro progenitor.

La CE supuso un antes y un después en relación a una gran cantidad de derechos fundamentales y de libertades públicas. Al hilo de lo que nos interesa, el art. 14 (relativo a la igualdad ante la ley) ha sido uno de los preceptos constitucionales que más controversias jurídicas ha provocado en cuanto a lo que la doctrina teórica ha venido a denominar como los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral². Los principios de igualdad y no discriminación se han desarrollado de una manera sin precedentes en todos los órdenes. Por lo que respecta a la mujer, también lo ha hecho la normativa sobre igualdad y de no discriminación por razón de sexo³, así como también la protección de la familia y de los hijos en nuestro sistema de Seguridad Social. En ese sentido, en el ámbito laboral, la protección del embarazo y del nacimiento del menor ha sufrido una larga transformación al alza a lo largo de más de cuarenta años de democracia⁴. Las últimas modificaciones del art. 48 del ET son las operadas en los apartados 4 y 6 por parte de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI⁵ (respecto del art. 48.4 del ET), y por el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio (respecto del art. 48.6 del ET). También ha sido objeto de modificación el art. 177 LGSS, en este caso a través de los dispuesto en la disposición final decimocuarta de la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, 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. Pero en ningún caso, las modificaciones llevadas a cabo por parte del legislador han ido en la línea de aumentar el permiso de nacimiento de hijo en 16/10 semanas adicionales en caso de familias monoparentales⁶.

La regulación actual del nacimiento y cuidado del menor posee una doble vertiente. Por un lado, la del permiso regulada en el art. 48 del ET y, por otro, la de la prestación que contempla el art. 177 de la LGSS. De tal manera que se considera causa de suspensión del contrato de trabajo, entre otras, el “*Nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las comunidades autónomas que lo regulen, de menores de seis años o de menores de edad mayores de seis años con discapacidad o que por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción*”

² Véase, en ese sentido, el interesante análisis llevado a cabo al respecto del art. 14 de la CE en el trabajo realizado por parte de: QUESADA SEGURA, R. y VILA TIerno, F.: “Derecho a la igualdad y no discriminación (Art. 14 CE y normas concordantes)”, en VV.AA.: *Derechos laborales fundamentales inespecíficos*, MONEREO PÉREZ, J.L., VILA TIerno, F. y ÁLVAREZ CORTÉS, J.C. (Dir.), Granada, Editorial Comares, 2020, págs. 213-238. En relación al tema que nos ocupa, para dichos autores, “*En el ámbito de las relaciones de trabajo por cuenta ajena, la construcción social de género ha dado lugar a una importante segmentación en e mercado de trabajo que ha supuesto el establecimiento de diferentes condiciones de trabajo para mujeres y hombres (...)*”, entre las que destacan “*la consecuyente desigualdad de las prestaciones de Seguridad Social ligadas a la carrera profesional (...)*” (pág. 218).

³ Sin ánimo de exhaustividad, además de la incorporación de la normativa europea y de los Tratados y Convenios Internacionales a nuestro acervo jurídico, podemos traer a colación la aprobación de una serie de normas de suma importancia como son: la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, , la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual y la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas

⁴ Una síntesis detallada de la evolución normativa de la cuestión (permiso y prestación de Seguridad Social en caso de nacimiento y cuidado del menor) se encuentra en el apartado 3º del FJ 3º de la STC que venimos analizando.

⁵ Cfr.: MORALES ORTEGA, J.M.: “Medidas empresariales de diversidad e inclusión para el colectivo LGTBI: un análisis jurídico-laboral”, en *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, N.º Extra 1 (“Progresividad en torno al derecho humano de igualdad, discriminación, discapacidad y género”), 2022, págs. 219-256. Para este autor, “*no debe obviarse que ha cambiado el tradicional concepto de familia que, por lo que aquí importa, obliga a mencionar a las familias monoparentales, los matrimonios y las parejas de hecho homosexuales y las familias arco iris. Todas estas expresiones van a reclamar sus derechos —tanto laborales como de protección social— en el contexto de la empresa*” (pág. 223).

⁶ Sobre la situación actual de la familia monoparental véase: CABELLO ROLDÁN, A.: “La situación actual de los nuevos modelos de familia en el ámbito socio-laboral: especial atención a la monoparentalidad y homoparentalidad”, en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, mayo-octubre 2024, núm. 9, págs. 122-154. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=9781924>.

social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes” (apartado 1.d) del art. 45 del ET). El art. 48.4 del ET regula la suspensión con reserva de puesto de trabajo para el caso de nacimiento de hijo/a, comprendiendo el mismo el parto y el cuidado de menor de doce meses. El contrato de trabajo de la madre biológica se suspenderá durante 16 semanas, de las cuales serán obligatorias las 6 semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto, que habrán de disfrutarse a jornada completa para asegurar la protección de la salud de la madre. Por otra parte, el contrato de trabajo del progenitor distinto de la madre biológica también se suspenderá durante 16 semanas, siendo obligatorias las primeras 6 semanas inmediatamente posteriores al parto, que habrán de disfrutarse a jornada completa para el cumplimiento de los deberes de cuidado previstos en el art. 68 del Código Civil. Se trata de un derecho individual de la persona trabajadora que no se puede transferir al otro progenitor⁷. Las modificaciones operadas por parte del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación (RD-ley 6/2019) trataban, por un lado, de adelantarse al cumplimiento de la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores (Directiva (UE) 2019/1158) y, por otro lado, lo que se pretendía por parte del legislador era equiparar los permisos con el fin de reducir la carga de la mujer que había venido soportando tradicionalmente e implicar más al varón en la corresponsabilidad en el nacimiento y cuidado del menor de doce meses.

El disfrute del permiso, siempre que se cumpla con los requisitos previstos en la norma, puede ir aparejado de una prestación de Seguridad Social regulada en el art. 177 de la LGSS. Se consideran situaciones protegidas las del nacimiento, 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, 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 ET, y en el artículo 49.a), b) y c) del Texto Refundido del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante TREBEP). Pero dicha prestación está sujeta a una serie de requisitos que contempla el art. 178 de la LGSS. Con carácter general, el apartado 1 del art. 178 establece lo siguiente: estar incluido/as en el Régimen General de la Seguridad Social (afiliado/a y en alta o en situación de asimilado/a al alta conforme al art. 165.1 de la LGSS) y disfrutar de los permisos pertinentes regulados en el ET o en el TREBEP⁸. El reconocimiento de la prestación, ex art. 179.1 conlleva la percepción de un subsidio que equivale al 100% de la base reguladora por contingencias comunes correspondientes al mes previo al hecho causante, dividida entre el número de días a que dicha cotización se refiera.

Esta es configuración legal por la que ha optado el legislador para el caso de los permisos por nacimiento de hijo/a cumpliendo con los principios rectores de la política social y económica que, para el caso que nos ocupa, albergan los arts. 39 y 41 de nuestra Carta Magna puestos en relación con el art. 10.2 y con el tercer nivel de protección que establece el art. 53.3 del texto constitucional. No obstante, la cuestión de inconstitucionalidad planteada proviene de una pretensión de una madre

⁷ La única excepción que contempla la norma en ese sentido la alberga el apartado 6 del mismo art. 48 del ET *in fine* para el supuesto de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiple o de hijo/a con discapacidad, donde la duración adicional de dos semanas (una para cada una de las personas progenitoras) se amplía en dos semanas, para lo que, “*En caso de haber una única persona progenitora, esta podrá disfrutar de las ampliaciones completas previstas en este apartado para el caso de familias con dos personas progenitoras*”.

⁸ Con carácter específico, se establecen unos períodos mínimos de cotización para poder acceder a la prestación: a) para menores de 21 años (en la fecha de nacimiento, adopción, acogimiento o guarda con fines de adopción) no se exigirá período mínimo de cotización, b) para mayores de 21 y menores de 26 años (nacimiento, adopción, etc.) se exige un período mínimo de cotización de 90 días dentro de los 7 años inmediatamente anteriores al momento de inicio del descanso o 180 días cotizados a lo largo de su vida laboral, c) para mayores de 26 años el período mínimo de cotización será de 180 dentro de los 7 años inmediatamente anteriores al momento del inicio del descanso o, alternativamente, 360 cotizados a lo largo de su vida laboral, con anterioridad a esta última fecha.

a la que le fue reconocida por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) una prestación por nacimiento y cuidado de menor como madre biológica de familia monoparental por un período de 16 semanas tal y como establece la norma. Solicita al INSS la ampliación de la prestación a 32 semanas, disfrutando así de la prestación que se reconoce al progenitor distinto de la madre biológica en las familias biparentales. No encontrándose en situación legal que justificase su solicitud, la misma fue denegada por el INSS. También fue desestimada la reclamación administrativa previa a la vía judicial. Por el contrario, el Juzgado de lo Social nº 34 de Barcelona estimó la demanda. Interpuesto recurso de suplicación por parte de la representación del INSS y de la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), el TSJ-Cataluña plantea cuestión de inconstitucionalidad ante el TC en relación con los arts. 177 a 179 de la LGSS y 48.4 del ET, en la redacción dada por el RD-ley 6/2019, ya que de dichos preceptos resultaba que en las familias biparentales la madre biológica y el progenitor distinto de la madre biológica gozan cada uno de 16 semanas (un total de 32 semanas) de suspensión del contrato y prestación de Seguridad Social, a diferencia del caso de las familias monoparentales que tan solo gozan de 16 semanas.

Las cuestiones que se aducen para el reconocimiento de la ampliación de la prestación tienen que ver con la cuestión de género y, sobre todo, y de forma muy particular, con el interés superior del menor que alberga tanto la regulación internacional y europea como la nacional, apoyado por el hecho de que el mayor número de familias monoparentales en nuestro país están constituidas por mujeres⁹. Se pretende así no perpetuar los roles de género y atender a las nuevas realidades sociales en cuanto a las nuevas formas de familia, entre las que se encuentran las monoparentales constituidas por una mujer.

3. LA DISPARIDAD DE LAS RESOLUCIONES PREVIAS

Previo a la resolución del TC ya existían resoluciones con fallos distintos ante pretensiones similares por parte del Tribunal Supremo (TS)¹⁰. La de la Sala 4ª (Social) del TS deniega la pretensión de la parte actora. Por su parte, la Sala 3ª (Contenciosa-Administrativa) concede dicha pretensión a una empleada pública. Interesa analizar de forma precisa dichos pronunciamientos puesto que, la solución final del TC configura un criterio que, en parte, tendrá que ser seguido por el legislador.

La STS (Sala 4ª) 169/2023, de 02/03/2023 (rec. 3972/2023) resuelve un recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la STSJ-País Vasco de 06/10/2020 (recurso de suplicación núm. 941/2023 aclarada por el Auto de fecha 03/11/2020) formulado contra la SJS nº 5 de Bilbao en materia de prestaciones, donde la parte actora plantea su oposición a la TGSS y al INSS. La trabajadora -constituyendo una familia monoparental- requiere ante el INSS una prestación adicional de 8 semanas que le hubiera correspondido al otro progenitor. Se le deniega la misma tanto en el procedimiento administrativo ante el INSS como en la sentencia de instancia por no encontrarse en ninguna de las situaciones protegidas por la LGSS. Presentado recurso de suplicación ante el TSJ-País Vasco se estima su pretensión y se declara el derecho a disfrutar de 8 semanas adicionales de prestación por nacimiento y cuidado de hijo. El Ministerio Fiscal formaliza recurso de casación para la unificación de doctrina admitiéndose a trámite el mismo¹¹.

⁹ Las estadísticas al respecto se pueden consultar en: INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (INE).: *Encuesta continua de hogares. Número de hogares monoparentales según sexo, edad y estado civil del progenitor*. Disponible en: <https://www.ine.es/jaxi/Tabla.htm?path=/t20/p274/serie/prov/p01/10/&file=01017.px&L=0>.

¹⁰ Sin contar con todas las dispares vertidas por los juzgados de lo social y tribunales superiores de justicia que no abordaremos de forma detallada por falta de espacio. De los TSJ destacan: la STSJ País Vasco 1217/2020, de 6 de octubre, la STSJ Cataluña 6389/2022, de 29 de noviembre de 2022, la STSJ País Vasco 1137/2022, de 31 de mayo de 2022 y la STSJ Aragón 99/2022, de 14 de febrero de 2022.

¹¹ Un interesante análisis de esta sentencia se lleva a cabo por parte de: MORALES VÁLLEZ, C.: "La prestación por nacimiento y cuidado del menor en las familias monoparentales. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 02/03/2023", en VV.AA.: *Derecho vivo de la seguridad social: VII Seminario Permanente de Estudio*

Tal y como recoge el FD 1º.1 de la sentencia, la cuestión consiste en determinar si, en una familia monoparental, la única progenitora tiene derecho a disfrutar de la prestación que le hubiera correspondido al otro progenitor en caso de haber existido. La sentencia recurrida había fundamentado su estimación basándose en el interés superior del menor, puesto que el art. 48 del ET *“introduce un elemento importante de discriminación respecto de la mujer en relación a los fundamentos de la conciliación de la vida laboral y familiar, razonando que las familias monoparentales, mayoritariamente constituidas por mujeres, según datos del INE que cita, está perjudicando a la mujer de manera indirecta porque no puede compartir el cuidado del menor; mermando sus posibilidades de atención al mismo”* (FD 1º.2). En contra de esa resolución se manifiesta el Ministerio Fiscal (FD 2º.1) al considerar que no se vulnera la Convención sobre los Derechos del Niño y el principio de igualdad, entendiéndolo que la normativa aplicada no es contraria a dicha Convención, concluyendo que la nueva redacción del art. 48.4, 5 y 6 no establece un trato discriminatorio que pudiera vulnerar el principio de igualdad entre los niños de las familias biparentales o monoparentales ni discriminación indirecta por razón de sexo, *“correspondiendo al legislador, en atención al margen que constitucionalmente tiene reconocido para la regulación del sistema de la Seguridad Social, valorar las circunstancias y múltiples condicionantes, entre ellos, los económicos, para introducir cualquier modificación de dicho sistema, en atención a la disponibilidad del momento y a las necesidades de los grupos sociales”*.

Por parte del INSS (FD 2º.3) se sostiene que la sentencia combatida *“se aparta del régimen legal establecido en nuestro ordenamiento jurídico”*, entendiéndolo que se *“quiebra el espíritu de la norma”*, argumentando además que *“en la legislación vigente ni hay incumplimiento de normativa internacional sobre protección del menor ni, tampoco, su aplicación conduce a una discriminación por razón de género”*. De tal forma que la solución que se le pudiera dar al caso no solo afectaría al ámbito de las prestaciones contributivas de Seguridad Social, sino que también conllevaría efectos en la contratación laboral por parte de las empresas teniendo que asumir las mismas el pago a las cotizaciones de la ampliación del permiso (FD 3º.1)¹². En este caso, no habría una contribución adicional a la Seguridad Social para el aumento de la prestación, creándose una nueva prestación contributiva en favor de los progenitores de familias monoparentales alterando la configuración diseñada por parte del legislador. Pero, además, podría provocar un efecto negativo en la contratación por parte de las empresas al tener que asumir costes adicionales en materia de cotizaciones al ampliarse de forma adicional el permiso laboral (FD 3º.3 primer párrafo).

En ese sentido la función de los jueces y tribunales es la de aplicación e interpretación de la norma, pero no la creación del derecho que corresponde al legislador (FD 3º.3 párrafo 2º). En apoyo a esta argumentación, el FD 4º.1 establece que *“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”*, por lo que *“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”*. Refuerza la tesis mantenida por el Pleno de la Sala de lo Social del Supremo la idea de que corresponde al legislador establecer el sistema de protección del sistema no pudiendo ni la Sala ni otro órgano judicial *“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”* (FD 4º.2 párrafo 2º), por lo que no contraviene la regulación vigente el principio

y Actualización URJC-AEISS 2022, Rodríguez Hiniesta, G. y Lasaosa Irigoyen, E. (Dirs.), Murcia, Laborum Ediciones, 2023, págs. 169-178.

¹² Sin contar con el hecho de tener que formular -en caso de necesidad- un contrato de sustitución de la persona trabajadora que aumentaría los gastos empresariales en cuanto a la cotización a la Seguridad Social se refiere.

de igualdad del art. 14 de texto constitucional, llevando el análisis de la normativa internacional al mismo resultado, correspondiendo al legislador la capacidad y la responsabilidad de organizar el sistema de protección social (FD 4º.3), cumpliendo nuestra normativa con las exigencias de la Directiva 2019/1158, llegando a la misma conclusión respecto de las previsiones de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE).

Respecto de la protección del interés superior del menor como principio que ha de informar el ordenamiento jurídico como criterio hermenéutico, establece la sentencia en el FD 4º.4 que *“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”*. Tampoco considera la Sala que la interpretación con perspectiva de género resulte determinante para la resolución del caso (FD 5º 1º segundo párrafo), *“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”*. Sigue la Sala argumentando que, *“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”*. Es por ello por lo que en el fallo de la sentencia se produce la estimación del recurso del Ministerio Fiscal, resolviendo el debate en suplicación y declarando la firmeza de la sentencia dictada en instancia, negando la posibilidad a la parte actora de acumular los permisos por nacimiento que le pudiera corresponder al otro progenitor, en caso de existir¹³.

Esta sentencia contiene un interesante voto particular que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. Ignacio García-Perrote Escartín a la sentencia dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina número 3972/2020, al que se adhiere la Magistrada Excmo. Sra. D^a. Rosa María Virolés Piñol. A juicio de los Magistrados, la Sala debería haber estimado el recurso y confirmado la sentencia de instancia. Las razones sobre su discrepancia son principalmente dos: el interés del menor (apartado 2º del voto particular) y los precedentes de la Sala basados en el interés superior del menor y su consideración primordial, así como en la perspectiva de género (apartado 3º del voto particular). Consideran que sí hubiese sido posible realizar una interpretación integradora de las normas aplicables en base, tanto al interés superior del niño como a la perspectiva de género, teniendo en cuenta que se trata de una familia monoparental (madre biológica como única progenitora). Para los Magistrados, en la CE (art. 39.1 y 4), en la CDFUE (art. 24.2), en la Directiva UE 2019/1158 (considerando 37), en la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (art. 3.1) y en la Ley Orgánica 8/2015 que modificó la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (art. 2) se establece que, el interés general del niño, debe ser una consideración primordial como principio interpretativo que debe prevalecer, *“siendo posible una interpretación integrada de los artículos 177 y concordantes de la Ley General de la Seguridad Social y del artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores a la luz de los artículos: 39 CE; 24.2 CDFUE; 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor; así como del artículo 3 del Código Civil (CC)”* (apartado 2º.3 del voto particular)¹⁴.

¹³ Sobre el análisis de esta sentencia se manifiestan: ÁLVAREZ CORTÉS, J.C. y MONCADA GARCÍA, R.: *“Las familias “monoparentales” y de duración de la prestación por nacimiento y cuidado del menor: ¿Una oportunidad pedida?”*, en *Temas Laborales*, núm. 167/2023, págs. 289-313. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=9048582>. Para ambos autores, *“ni el legislador parece haber tenido en cuenta en el diseño de la norma esa especial finalidad de atención y cuidado del menor, ni, desde luego, a las familias monoparentales, o dicho de otro modo, no parece haber tenido en cuenta en su configuración al sujeto que la origina, esto es, al menor que precisa de los cuidados, ni el TS ha seguido sus precedentes para realizar una interpretación integradora de la norma en base a ese interés superior del menor, cuyo resultado es la desprotección de las familias monoparentales que, con una presumible mayor complejidad para compaginar la vida laboral y familiar son las que se ven afectadas”* (pág. 313).

¹⁴ A favor del voto particular de los Magistrados se manifiesta: MONEREO PÉREZ, J.L.: *“Familia monoparental y permiso de paternidad: ¿es posible la acumulación y disfrute de los dos permisos en un solo progenitor por*

Por lo que respecta a los precedentes de la Sala basados en el interés superior del menor y su consideración primordial, así como en la perspectiva de género (apartado 3º del voto particular), recuerdan los Magistrados que ya ha habido precedentes de la Sala en esa línea interpretativa integradora de prestaciones de Seguridad Social (en unos casos en virtud del interés del menor y, en otros, con perspectiva de género). Siguen argumentando los Magistrados en el apartado 3.2 del voto particular que, “*en todo caso, la sala ya ha realizado en precedentes ocasiones esa interpretación integradora de las normas laborales y de seguridad social aplicables para proyectarlas sobre supuestos no expresamente contemplados en dichas normas. Y la sala ha llevado a cabo esa interpretación integradora en base, precisamente, al interés superior del menor y a la perspectiva de género*”¹⁵. De ahí radica su discrepancia, recordando en qué casos la Sala ha reconocido el derecho a prestaciones de Seguridad Social y causas de suspensión a supuestos no expresamente previstos en las normas aplicables¹⁶.

Basándose en dicha argumentación es por lo que no terminan de entender los Magistrados el por qué en unos casos “*sí era posible realizar una interpretación integradora, de manera que se aplicaban prestaciones de seguridad social y causas de suspensión del contrato de trabajo a supuestos no expresamente previstos por el legislador; y, sin embargo, en el presente caso no es posible hacer lo mismo*” (apartado 3.5 del voto particular). Como la Sala ha extendido la protección del sistema de Seguridad Social “*al extinguido régimen del SOVI a determinados efectos; al momento del ejercicio de la opción de la madre de cesión al otro progenitor; a las prestaciones en favor de familiares*”¹⁷; *al cómputo del periodo de realización del servicio social de la mujer; a la consideración como accidente no laboral (y no como enfermedad común) de las lesiones sufridas en el parto; a la pensión de viudedad de parejas de hecho, eximiendo del requisito de la unión y convivencia con el causante en el momento de su fallecimiento en casos de violencia de género; o, en fin, para calificar de profesionales las dolencias de una limpiadora de profesión, aun cuando la citada profesión no*

vía de interpretación jurídica finalista?” en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Número 3, 2023. Disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/anuario.php?id=L_2023&fasc=3.

¹⁵ Se hace referencia de forma expresa en el apartado 3.6 del voto particular que, “*A partir de la sentencia del Pleno de 21 de diciembre de 2009 (rcud 201/2009), esta sala ha procedido a aplicar el criterio de interpretación con perspectiva de género en, al menos, las SSTS 864/2018, 26 de septiembre de 2018 (rcud 1352/2017); 778/2019, 13 de noviembre de 2019 (rec. 75/2018); 815/2019, 3 de diciembre de 2019 (rec. 141/2018); 79/2020, 29 de enero de 2020 (rcud 3097/2017); 115/2020, 6 de febrero de 2020 (rcud3801/2017); 580/2020, 2 de julio de 2020 (rcud 201/2018); 908/2020, 14 octubre 2020 (rcud 2753/2018);645/2021, 23 junio 2021 (rec. 161/2019); y 747/2022, 20 de septiembre de 2022 (rcud 3353/2019)*”.

¹⁶ La jurisprudencia a la que se hace referencia es la siguiente: “*a) La STS 881/2016, 25 de octubre de 2016 (rcud 3818/2015) concede las prestaciones de seguridad social solicitadas en un caso de “gestación por sustitución”, b) También la STS 953/2016, 16 de noviembre de 2016 (rcud 3146/2014) concede las prestaciones de maternidad solicitadas en otro supuesto de “gestación por sustitución”, llevando a cabo una interpretación “integradora” de las normas consideradas, “contempladas a la luz de la sentencia del TEDH de 26 de junio de 2014, en la aplicación que efectúa del artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, que invoca el interés superior del menor cuyo respeto ha de guiar cualquier decisión que les afecte”, así como “del artículo 14 y (del artículo) 39.2 CE, que dispone que los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos”, c) Finalmente, la STS 1005/2017, 14 de diciembre de 2017 (rcud 2859/2016), resume (...) la doctrina sentada por las SSTS 881/2016, 25 de octubre de 2016 (rcud 3818/2015), y 953/2016, 16 de noviembre de 2016 (rcud3146/2014), d) La doctrina de las sentencias mencionadas ha sido reiterada por varias sentencias posteriores, pudiendo citarse, entre las más recientes, las SSTS 277/2018, 13 de marzo de 2018 (rcud 2059/2016), y 347/2018, 22de marzo de 2018 (rcud 2770/2016). Aunque la cuestión que resuelve es otra, también la STS 997/2022, 21de diciembre de 2012 (rcud 3763/2019), menciona las sentencias a las que vengo haciendo referencia” (apartado 3º.4 del voto particular).*

¹⁷ Cfr.: BAQUERO AGUILAR, J.: “De las prestaciones en favor de familiares cuando su causante era la beneficiaria de una pensión del seguro obligatorio de vejez e invalidez: “la cuestión de género” como elemento clave para la revisión de la doctrina del tribunal supremo. Sentencia del Tribunal Supremo 416/2020, de 29 de enero de 2020. ECLI: ES: 2020:416”, en *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, Nº 153, 2020, págs. 245-262. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7640260>.

aparece en la enumeración de actividades que pueden generar enfermedad profesional”, entienden los Magistrados que se debería conceder la prestación reclamada a la parte actora, “*no solo en virtud de la primordial atención al interés del menor, sino también porque la perspectiva de género refuerza la conclusión anterior*”¹⁸.

Con una exposición argumentativa no tan clara como la de la Sala 4ª, la STS (Sala 3ª) 1612/2023, de 15/10/2024 (rec. 5372/2022) resuelve un recurso de casación contencioso-administrativo interpuesto contra la Sentencia de 10 de mayo de 2022, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ-Castilla y León con sede en Valladolid, en el recurso de apelación núm. 584/2021 que se había interpuesto contra la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Valladolid, de 6 de septiembre, dictada en el recurso contencioso-administrativo núm. 167/2020¹⁹. El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Valladolid estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la demandante contra la Resolución de la Dirección Provincial de Educación de Valladolid por no reconocer el derecho de la parte actora a la ampliación de un permiso de 8 semanas por maternidad sobre el ya disfrutado. Se interpone recurso de apelación ante el TSJ-Castilla y León (Sala de lo Contencioso-Administrativo) y se estima el recurso de apelación revocando la sentencia de instancia dejando sin efecto el reconocimiento del derecho a disfrutar el permiso adicional de 8 semanas. Se admite el recurso de casación por parte del TS (Sala 3ª) al objeto de que se revoque la sentencia del TSJ y se declare el derecho de la apelante a la ampliación del permiso de maternidad por 8 semanas por tratarse de una familia monoparental.

La sentencia del Juzgado había estimado el recurso contencioso-administrativo por entender que se podría limitar “*la aplicación de la normativa vigente a un único modelo de familia biparental en la configuración del permiso por nacimiento*” siendo claramente discriminatorio. En una argumentación jurídica basada en el art. 39.1 y 14 de la CE se esgrime que, de no concederse el derecho, “*se produciría una vulneración de estos derechos, al priorizar un modelo (de familia²⁰) sobre otro*” teniendo en cuenta el interés superior del menor como “*principio básico de aplicación en cualquier medida o decisión que afecte a los menores*”. Por su parte, la sentencia en apelación desestima el recurso contencioso-administrativo. Al no constar en auto que el otro progenitor fuese empleado público no se puede valorar la posibilidad de conceder el permiso, contemplando la posibilidad de una modificación de la norma por parte del legislador en aras de favorecer la natalidad. Las razones que arguye la parte recurrente para la concesión del permiso adicional giran “*en torno a la igualdad y a la protección del interés del menor, pues considera que los hijos recién nacidos de una familia monoparental no pueden tener la compañía y los cuidados de un progenitor durante menos tiempo que los recién nacidos en una familiar biparental*” (FD 3º). Para ello se cita el art. 49 del TREBEP, la Convención de los Derechos del Niño, la CDFUE, el art. 14 de la CE y la discrepancia de las resoluciones judiciales al respecto de los diferentes Juzgados o Salas. En las Consideraciones preliminares (FD 4º) se establece que en la regulación de la normativa aplicable no se establece autorización, imposición o prohibición alguna al respecto de la concesión del permiso (excluyendo las 6 primeras semanas de descanso obligatorio). Y es esa la razón por la que corresponde a la Sala interpretar el precepto “*según los criterios hermenéuticos que establece nuestro ordenamiento*

¹⁸ Al fallo de esta sentencia le siguen, sin ánimo de exhaustividad, las siguientes: la STS 434/2023, de 14 de junio (recurso núm. 1642/2022), las SSTS 1296, 1297 y 1299, todas de 21 de diciembre (rcud. 5608/2022, 5678/2022 y 257/2023, respectivamente), o las SSTS. 325/2024 y 326/2024, ambas de 21 de febrero (rcud. 1408/2023 y 1598/2023, respectivamente). De fechas más cercanas en el tiempo se encuentran la STS 853/2024, de 4 de junio de 2024 (rcud. 2049/2023), la STS 915/2024, de 11 de junio de 2024 (rcud. 81/2023) y la STS 966/2024, de 27 de junio de 2024 (rcud. 904/2023).

¹⁹ Véase el interesante análisis comparativo de los argumentos jurídicos que ambas Salas del Tribunal Supremo (3ª y 4ª) han utilizado para dictar sentencias contradictorias en: GARCÍA GIL, M.B.: “Familias monoparentales y permiso por nacimiento y por cuidado de hijo o menor. Oportunidad de los pronunciamientos de las dos salas del Tribunal Supremo”, en *Labos*, Vol. 5, Nº 3, págs. 126-158. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/LABOS/article/view/9123>.

²⁰ El paréntesis es nuestro a modo de aclaración.

jurídico (...) para inferir una respuesta a la cuestión de interés casacional que determinó la admisión del presente recurso de casación, y que resulte acorde con nuestra Constitución, el derecho de la UE, las normas supranacionales, y las leyes de aplicación”.

Resulta de vital importancia el FD 6º de la sentencia relativo a *“La igualdad y el interés superior del menor”*. Entiende la Sala que, *“Los efectos y diferencias entre las familias monoparentales y biparentales, que genera la aplicación administrativa del artículo 49 del TRLEBEP, a tenor del acto administrativo originariamente impugnado y la sentencia de apelación, sobre la configuración y extensión de estos permisos, no parece compatible ni con la Constitución, ni con el derecho de la Unión Europea, ni con las normas internacionales, y, en fin, ni con el resto del ordenamiento jurídico”*. Resalta la Sala una serie de intereses variados al respecto de la cuestión abordada dignos de protección: la protección de la salud y bienestar de la madre, el interés de la familia, el fortalecimiento del vínculo familiar, el interés del menor, la promoción de la igualdad entre los progenitores respecto de los deberes derivados del cuidado de los hijos y el fortalecimiento de la conciliación familiar y profesional, remarcando -de entre todos- ellos el interés general del menor que se sitúa *“en un plano destacado y preferente”*. Para la Sala, *“(…) lo que está en juego es la igualdad entre los menores recién nacidos, evitando la aparición de cualquier forma de discriminación por razón de nacimiento, y por cualquier otra condición o circunstancia personal o social (artículo 14 de la CE), según haya nacido en un tipo u otro de familia. La igualdad exige evitar cualquier clase de discriminación, toda vez que la interpretación que hagamos del artículo 49 debe resultar conforme con ese derecho fundamental y con la interdicción de cualquier forma de discriminación, alejándonos, por tanto, de interpretaciones que erosionen este derecho fundamental”*. Sigue la Sala argumentando que, *“El tipo de familia no puede, por tanto, determinar la diferencia de trato”*²¹.

Lleva a cabo la Sala una interpretación del art. 49 del TREBEP que resulta conforme con la CE y el resto del ordenamiento jurídico respetando la igualdad y el interés general del menor, *“mediante la proscripción de cualquier forma de discriminación por razón de nacimiento”*, apoyándose en la idea de que la realidad social es que la mayoría de familias monoparentales están constituidas por mujeres que son las que *“vertebran y sostienen la familia y afrontan el cuidado de los hijos”*, siendo la interpretación realizada por parte de la Sala *“procedente desde un punto de vista lógico, sistemático, teleológico e integrador de nuestro ordenamiento jurídico”*. Es por lo que la Sala (FD 9º) estima el recurso de casación, casando y anulando la sentencia de la Sala de apelación: *“La respuesta a la cuestión de interés casacional, en definitiva, es que en el caso de las familias monoparentales, el permiso previsto en el artículo 49 del TRLEBEP, ha de ser interpretado, para evitar la discriminación de los menores recién nacidos y teniendo en cuenta el interés superior de los mismos reconocido constitucionalmente, en el sentido de adicionarse al permiso previsto en el apartado a) (16 semanas)²², el previsto en el apartado b) (10 semanas al excluirse las 6 primeras semanas)”*²³.

²¹ El razonamiento jurídico pivota entre los arts. 10.2, 14 y 39 de la CE, el art. 24 de la CDFUE, el considerando 37 de la Directiva 2019/1158, el art. 2.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas y La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor tras la reforma de la misma por parte de la Ley Orgánica /2015.

²² Se hace referencia en el FD 8º al hecho de que la Sala 4ª (Social) del TS ya había dictado sentencia en el sentido contrario. No obstante, la justificación de la Sala al respecto se formula por *“el tiempo transcurrido desde la indicada Sentencia, en conjunción con la evolución de la realidad social (artículo 3.1 del Código Civil) respecto de los tipos de familia, así como la profusión y disparidad de los pronunciamientos en nuestro orden jurisdiccional contencioso-administrativo, explican la diferencia y el sentido estimatorio de nuestra sentencia, por las razones expresadas en los fundamentos precedentes”*. La STS (Sala 3ª) 1928/2024, de 5 de diciembre de 2024 (núm. de recurso 8609) reitera la doctrina de la STS (Sala 3ª) 1612/2024, haciendo referencia en su FD 4º. B) a la STC 140/2024, de 6 de noviembre.

²³ En contra del fallo de esta sentencia se manifiesta: ORTEGA SÁNCHEZ DE LERÍN, P.: *“El error y la oportunidad perdida del Tribunal Supremo (Comentario a la STS 15 oct. 2024 sobre la ampliación del permiso de paternidad a familias monoparentales)”*, en *diariolaley*. Disponible en: <https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAC1PQU7DQAx8DXtBQiFQcplmMOfKoi4O7smsbRZg-2E5vds2loaeSyNZ-zfBWXr8Wl->

4. LA ARGUMENTACIÓN QUE AVOCA AL FALLO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: LA VULNERACIÓN DEL ART. 14 EN RELACIÓN CON EL ART. 39 DE LA CONSTITUCIÓN

Como se ha dicho, la cuestión de inconstitucionalidad fue promovida por la Sala de lo Social del TSJ-Cataluña, en relación con el art. 48, apartados 4, 5 y 6, del Texto Refundido del ET en conexión con el art. 177 de la LGSS. El tribunal remitente advertía una posible vulneración de los arts. 14, 39.1, 2 y 4 y 41 de la CE, del art. 10.2 de la CE en relación con el art. 3.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño, el art. 24 de la CDFUE y del art. 2.4 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor. Además, planteaba la vulneración del art. 14 CE, en relación con el art. 6 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. La parte actora solicita al INSS una aplicación de la prestación por nacimiento del menor de 16 semanas adicionales a las 16 que le fueron reconocidas como madre biológica de familia monoparental, al objeto de disfrutar de la prestación que se reconoce al progenitor distinto de la madre biológica en familias biparentales. Ante la negativa del INSS también a la reclamación administrativa previa, se interpone demanda ante el Juzgado de lo Social nº 34 de Barcelona que estima íntegramente la demanda. La representación del INSS y de la TGSS interpusieron recurso de suplicación. Oídas las partes y el Ministerio Fiscal, el TSJ (Pleno) acuerda plantear la cuestión de inconstitucionalidad en relación con los arts. 177 LGSS y 48.4.5 y 6 del ET (en la redacción dada por el RD-ley 6/2019).

En el auto de remisión se reconoce que uno de los modelos de familia que se viene presentando -cada vez más- es la monoparental que, a su vez, es encabezado -sobre todo- por mujeres²⁴. Se hace alusión al “*interés superior del menor*” reconocido por los Tratados Internacionales suscritos por nuestro país. En ese sentido, la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño lo reconoce como principio que se proyecta también sobre los órganos legislativos, debiendo ser una consideración primordial por parte de los Estados. Por otro lado, se hace referencia al concepto de discriminación indirecta por razón de sexo que recoge el art. 6 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres en relación con el art. 14 de la CE. Todo ello conectado con el hecho reconocido por las estadísticas del INE (años 2019 y 2020) de que más del 80% de hogares monoparentales en nuestro país está constituido por mujeres. En el auto se plantea el hecho de que el menor recibe un tiempo de cuidado menor por parte de los progenitores en el caso de familias monoparentales apreciando, además, una posible existencia de una discriminación indirecta por razón de sexo de la madre solicitante de familia monoparental, provocando un trato discriminatorio hacia los hijos nacidos en el seno de este modelo de familia encabezadas por mujeres.

El TC admite a trámite la cuestión de inconstitucionalidad dando traslado de las actuaciones al Congreso, al Senado, al Gobierno y al Fiscal General del Estado al objeto de que se personen en el proceso y formulen alegaciones. Después de analizar las distintas alegaciones vertidas por las partes personadas en el proceso (Abogacía del Estado en representación del Gobierno, la Fiscalía General del Estado y el letrado de la Administración de la Seguridad Social en nombre el INSS y de la TGSS), en el FJ 2 c) (Cuestiones previas), el TC acota el objeto del pronunciamiento solo al apartado 4 del art. 48 del ET en relación con el art. 177 de la LGSS, basándose en el hecho de que el apartado 5 del art. 48 se refiere a los supuestos de adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento, mientras que el apartado 6 “*establece una regla especial aplicable a los supuestos en que el hijo presenta una discapacidad o a supuestos de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples*”. Lo anterior, como veremos *ut infra*, dará lugar a diferentes supuestos de

cA6UCAJxfvyGeefidMuct9n3sqAzGNRXD014LqgdBFsgdRz8y85pxR4GXzmWiNjuhRkbpA9UXzdvtif-e4eVVRrAS0YLcTCIG3_VVqdemOhxqt6JoEfgvGjEbuonG6VRgN70iSJjOMKl_kRoU-yUZRNy n0J-LSzBgOnLE61cownJGmUl30_t2u5iVhMHY53V2IZXegeEREuZ4v-0fpInAbB0BAAA=WKE .

²⁴ Modelo de familia que carece de una definición jurídica y legal clara y unívoca a nivel estatal tal y como ser reconoce en la STC que venimos analizando (apartado 3.b) de los Antecedentes de la sentencia). Lo que plantea una problemática *ad futurum*, tal y como veremos en el análisis de los apartados siguientes.

litigiosidad futura basados en posibles criterios de discriminación²⁵. Toda vez que se ha llevado a cabo un exhaustivo análisis de la doctrina constitucional relativa a los permisos de maternidad y a los permisos de paternidad (FJ 4º de la STC, apartados a) y b) respectivamente), y después de analizar la doctrina constitucional aplicable a los permisos por nacimiento y cuidado del menor (apartado c) de mismo FJ), se plantea el TC si el legislador ha respetado *“las exigencias derivadas del reconocimiento del derecho a la igualdad y a no ser discriminado al no prever la posibilidad de que, en circunstancias como las descritas en el caso del que trae causa la presente cuestión, las madres biológicas de familias monoparentales, trabajadoras por cuenta ajena, puedan ampliar su permiso por nacimiento y cuidado de hijo más allá de dieciséis semanas, disfrutando del permiso (y también de la correspondiente prestación económica de la seguridad social) que se reconocería al otro progenitor, en caso de existir”* (FJ 4º c) *in fine*).

La Sala promotora de la cuestión de inconstitucionalidad señalaba un supuesto trato discriminatorio de los menores nacidos en familias monoparentales al recibir un tiempo de cuidado inferior a los nacidos en familias biparentales, lo que no atendería al interés superior del menor, contraviniendo *“los arts. 14 y 39, apartados 1, 2 y 4 CE, que han de ser interpretados en relación con el art. 3.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño y el art. 24 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, en virtud de lo previsto en el art. 10.2 CE”*. Para el TC, en este caso, *“nos encontramos ante una diferencia de trato entre situaciones que son sustancialmente iguales y que son relevantes desde la perspectiva de una de las finalidades que persigue la norma de cuya constitucionalidad se duda, en concreto, la de facilitar la conciliación de la vida laboral y familiar a fin de que los progenitores puedan prestar a sus hijos los cuidados y atención que necesitan nada más nacer (art. 39.3 CE)”*, de tal forma que las normas cuestionadas provocan una diferencia de trato entre los menores nacidos en un modelo u otro de familia contrario al art. 14 de la CE. Entiende el TC que la doctrina sobre diferencias de trato entre hijos matrimoniales y nacidos fuera del matrimonio²⁶, la doctrina sobre hijos naturales y adoptivos²⁷ y la doctrina sobre e hijos comunes a una pareja respecto de los no comunes²⁸ es plenamente trasladable *“a las diferencias entre hijos por razón del modelo de familia -biparental o monoparental- en el que hayan nacido”*. A idéntica conclusión conduce una interpretación sistemática del art. 14 de la CE puesto en relación con el art. 39.1 de la Carta Magna. Para el tribunal, *“la prohibición de discriminación por razón de nacimiento, que el art. 14 CE expresamente contempla, incluye el nacimiento en cualquier modelo de familia”*. Basa su argumentación -entre otras- en la interpretación que se deduce del art. 2 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que construye un *“canon hermenéutico de las normas relativas a derechos fundamentales y libertades que nuestra Constitución reconoce ex art. 10.2”*²⁹.

Cimentada en una amplia argumentación que por motivos de espacio no entramos a detallar, el TC estima la cuestión de inconstitucionalidad planteada y declara que los arts. 48.4 del ET y 177 de la LGSS son inconstitucionales *“al no prever la posibilidad de que, en circunstancias como las descritas en el caso del que trae causa la presente cuestión, las madres biológicas de familias monoparentales, trabajadoras por cuenta ajena, puedan ampliar su permiso por nacimiento y cuidado de hijo más allá de dieciséis semanas, disfrutando del permiso (y también de la correspondiente prestación económica*

²⁵ Se atiende también a la petición de la Fiscalía General y del abogado del Estado de excluir el art. 41 de la CE del parámetro de análisis de constitucionalidad. Lo que no se excluye es el art. 10.2 de la CE como norma de contraste, ya que la demandante -en el procedimiento *a quo*- había invocado la Convención sobre los derechos del niño, la normativa europea, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de las mujeres y la Carta Social Europea.

²⁶ SSTC 74/1997, de 21 de abril; 67/1998, de 18 de marzo; 154/2006, de 22 de mayo, y 105/2017, de 18 de septiembre.

²⁷ SSTC 9/2010, de 27 de abril, y 200/2001, de 4 de octubre.

²⁸ STC 171/2012, de 4 de octubre.

²⁹ Se ha de destacar el hecho de que la STJUE (Sala Séptima), de 16 de mayo de 2024 (C-673/2022), inadmite la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Sevilla sobre si la legislación española se ajusta a la Directiva (UE) 2019/1158 en relación al asunto que nos ocupa.

de la Seguridad Social) que se reconocería al otro progenitor, en caso de existir, generan ex silentio una discriminación por razón de nacimiento de los niños y niñas nacidos en familias monoparentales, que es contraria al art. 14 CE, en relación con el art. 39 CE, en tanto esos menores podrán disfrutar de un periodo de cuidado de sus progenitores significativamente inferior a los nacidos en familias biparentales”. Pero el alcance del fallo de la STC alberga ciertos matices. Al vincularse el mismo a una omisión del legislador al no contemplar este supuesto en la norma, “la inconstitucionalidad declarada no debe llevar aparejada la nulidad de los preceptos cuestionados” (FJ 7º). Si la inconstitucionalidad llevase aparejada la nulidad de los preceptos “determinaría la expulsión de nuestro ordenamiento jurídico de las normas que reconocen a todos los progenitores los permisos y prestaciones por nacimiento y cuidado de menor”. Es por ello por lo que se exige el mantenimiento de su vigencia puesto que corresponde al legislador, “en uso de su libertad de configuración normativa y a la luz de su específica legitimidad democrática (...), llevar a cabo, a partir de esta sentencia, las modificaciones pertinentes para reparar la vulneración del art. 14 CE, en relación con el art. 39 CE”. Aunque, como se puede observar, el fallo del TC impone un punto de partida para el legislador: la concesión de 10 semanas adicionales de permiso y de prestación para el caso de nacimiento y cuidado de menor en familias monoparentales. Para el TC resulta necesario precisar que, “en tanto el legislador no se pronuncie al respecto, en las familias monoparentales el permiso a que hace referencia el art. 48.4 LET, y en relación con él el art. 177 LGSS, ha de ser interpretado en el sentido de adicionarse al permiso del primer párrafo para la madre biológica (dieciséis semanas), el previsto en el segundo para progenitor distinto (diez semanas, al excluirse las seis primeras)”.

La STC alberga dos interesantes votos particulares. El primero de ellos es el que formula el Magistrado D. Ramón Sáez Valcárcel, que plantea su discrepancia “por considerar que la sentencia incurre en un vicio metodológico al realizar el juicio de igualdad en la ley (art. 14 CE) a partir de la fijación de un tertium comparationis que no resulta adecuado, ya que las situaciones que considera iguales no guardan la necesaria homogeneidad ni son, por tanto, susceptibles de ser comparadas jurídicamente a los efectos del juicio constitucional de igualdad, lo que debería haber llevado a descartar la vulneración del art. 14 CE”. Tras una ardua argumentación fundamentada en doctrina del TC, en el análisis de la norma, en el análisis de la STS (Sala 3º) 169/2023, de 2 de marzo y en el apoyo para parte de su argumentación de doctrina científica, su voto discrepante se resume en el apartado 4 del voto particular. El Magistrado no comparte ni la fundamentación ni el fallo de la STC a pesar de que comparte la “convicción de que las familias monoparentales merecen, en un Estado social y democrático de Derecho, un tratamiento normativo acorde con sus especiales necesidades de protección, lo que debe ser objeto de políticas públicas que no puede diseñar el juez, ni siquiera el intérprete de la Constitución”. Basa su argumentación en la STC 197/2003, de 30 de octubre (FJ 6º) para apoyar su discrepancia: “(...) 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)»”.

El segundo de los votos particulares es formulado por parte de los Magistrados D. Enrique Arlando Alcubilla y Dª. Concepción Espejel Jorquera que, a pesar de compartir el fallo estimatorio, no obstante, disienten en parte de la argumentación de la sentencia. En el apartado 2 del voto particular, entienden los Magistrados que el TC está asumiendo “una función de legislador positivo que institucionalmente no le corresponde”³⁰, eliminando así la “libertad de configuración normativa del legislador”. Y es por lo que discrepan del fallo de la sentencia por no ser esta una función que le compete al TC. En esa misma línea argumentativa, para los Magistrados “La libertad de configuración normativa del legislador no puede ser desconocida ni sustituida por este tribunal, al que «solo le corresponde apreciar la conformidad o desconformidad con la Constitución de los

³⁰ Citan, por todas, la STC 96/1996 (FJ 22), la STC 235/1999; de 20 de diciembre (FJ 13), la STC 138/2005, de 26 de mayo (FJ 5), y la STC 111/2006, de 5 de abril (FJ 7).

preceptos enjuiciados (...)". El TC, "como intérprete supremo de la Constitución (...), al ejercer su control abstracto de constitucionalidad de las leyes está obligado a no traspasar su papel de «legislador negativo». Si todos los poderes públicos, y muy particularmente el legislativo, están siempre obligados a respetar escrupulosamente lo resuelto por el Tribunal Constitucional (...), este órgano está igualmente obligado a no injerirse en el funcionamiento de los poderes del Estado, y de modo singular a no suplantar al legislador, convirtiéndose en una suerte de «legislador positivo»". De tal manera que, el alcance e intensidad de la regulación normativa, le corresponde determinarlo al legislador. Se trata, por tanto, "de una decisión que al legislador corresponde adoptar; en el sentido y alcance que estime más conveniente, sin que su libertad de configuración normativa deba verse determinada por una sentencia de este tribunal" (apartado 3 *in fine* del voto particular)³¹.

En ese sentido, y tal y como analizaremos a continuación, el reto para el legislador después del fallo de esta sentencia implica solventar toda una serie de posibles aristas interpretativas que se pueden presentar en función a la actual configuración la norma. Situaciones concretas que recoge la norma y que pueden dar lugar a toda una serie de reclamaciones administrativas y pleitos particulares que, después de todo un periplo judicial, tendrán que ser solventadas por el TS en casación y casación para unificación de doctrina. Sin obviar la posibilidad de que, entretanto, se pueda plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE por parte de algún órgano jurisdiccional. A lo que se podría añadir el hecho de que se puedan formular también futuras cuestiones de inconstitucionalidad o recursos de amparo ante el propio TC. Lo que parece claro es que la cuestión no queda resuelta del todo con el fallo del máximo intérprete de la CE³².

5. DE LA POSIBLE LITIGIOSIDAD FUTURA SI NO SE PRODUCE UNA MODIFICACIÓN DE LA NORMATIVA QUE CONTEMPLA TODAS LAS ARISTAS Y CONTROVERSIAS POSIBLES

El TC ha fallado en favor de la ampliación del permiso de nacimiento y cuidado del menor en 10 semanas adicionales para el caso de familias monoparentales que estén constituidas por mujeres. En contra de lo que establecía la Sala 4ª del TS, y en contra de la opinión de los Magistrados del TC que emiten los votos particulares, el máximo intérprete de la CE "imponer y limitar" -en cierta forma- al legislador futuro parte de la regulación en materia laboral y de Seguridad Social. Aunque el TS (Sala 4ª) ya ha aplicado con anterioridad doctrina con base en una interpretación hermenéutica de las normas, y aunque el TC haya ejercido -en este caso- de legislador positivo, la función del mismo no es la de creación de norma jurídica tal y como recogen los distintos votos particulares analizados *ut supra*³³. Pero el problema no radica solo en esta cuestión desde nuestra óptica personal.

³¹ EL TC ya cuenta con sentencias que resuelven recursos de amparo en relación al fallo de la STC que venimos comentando. De entre ellas citamos las siguientes: STC (Sala Primera) 147/2024, de 02 de diciembre, STC (Sala Primera) 149/2024, de 02 de diciembre, STC (Sala Primera) 150/2024, de 02 de diciembre, STC (Sala Primera) 151/2024, de 02 de diciembre y STC (Sala Primera) 155/2024, de 16 de diciembre.

³² Para CARMONA PAREDES, "Esta sentencia representa un avance significativo en la protección de los derechos de los niños y las niñas y en la promoción de la igualdad. Sin embargo, entendemos que es necesaria una regulación más amplia que la «recomendada» por el TC que comprenda extensamente los distintos tipos de familia conformados por una persona progenitora biológica o no biológica. (...) Una redacción de la norma que acogiera totalmente los fundamentos jurídicos en los que se sustenta la sentencia aquí comentada requeriría la adición de las 10 semanas de permiso y prestación en un ordinal independiente que hiciera alusión a la familia monoparental, pero también a otras fórmulas de familia reconocidas. Entonces sí, el interés superior de la persona menor estaría totalmente garantizado con el mismo nivel de cuidado de atención en los primeros meses de vida con independencia de la estructura familiar que la acoja". CARMONA PAREDES, R.: "La ampliación del permiso por nacimiento en familias monoparentales. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 140/2024, de 6 de noviembre", en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 484, pág. 308. Disponible en: <https://revistas.cef.udima.es/index.php/rtss/article/view/24255>.

³³ *Vid. in extenso* el interesante trabajo llevado a cabo por parte de: Niño Bravo, E.: "El largo y tortuoso camino jurisprudencial en torno a la acumulación del permiso por nacimiento y cuidados de las familias monoparentales", en *Lan Harremanak*, 52, 2024, págs. 326-357. Disponible en: https://ojs.ehu.eus/index.php/Lan_Harremanak/

El concepto de familia monoparental, tal y como recoge el apartado 3 b) de los “*Antecedentes*” de la STC, carece en nuestro ordenamiento jurídico de una definición legal clara y unívoca a nivel estatal. Lo que plantea, desde nuestro punto de vista, una problemática *ad futurum*, puesto que los modelos de familia monoparental pueden llegar a ser variados y diversos, con lo que la fijación de la doctrina del constitucional, para no ser discriminatoria, tendría que aplicarse en resoluciones administrativas y judiciales fundamentadas en este criterio.

Nos preguntamos -entonces- qué postura adoptarán los tribunales para el caso del hombre o de la mujer que constituye familia monoparental en caso de viudedad, adopción, acogimiento con fines de adopción, gestación subrogada (gestación por sustitución³⁴), caso de separación o divorcio, etc³⁵. ¿Y para el caso de las personas trans o trans gestantes que se encuentren en alguna de las situaciones anteriores que se les pudiese aplicar y constituyan familia monoparental? ¿Qué sucedería con los y las trabajadores autónomos que constituyan familia monoparental? Al no existir una regulación clara de familia monoparental, los distintos escenarios con los que nos podríamos encontrar pueden ser muy diversos y con muchos matices y aristas interpretativas. Sin contar con el hecho de que, del análisis llevado a cabo por nuestra parte de las distintas sentencias, en ningún momento se ha comprobado que, efectivamente, las actoras hayan probado que constituyen familia monoparental. Si no se recurre a algún mecanismo administrativo probatorio, pudiera darse el caso de posibles fraudes tanto en el disfrute del permiso como en la percepción de la prestación adicional de Seguridad Social³⁶.

Dentro de la regulación normativa que tiene pendiente el legislador se encuentran todos estos matices. Pero, además, desde la perspectiva del Derecho del Trabajo, también se habrá de regular la ampliación del permiso, así como la correspondiente cotización a la Seguridad Social. En este momento, para las empresas supone un coste adicional la contratación por sustitución de una persona trabajadora con reserva de puesto de trabajo en cuanto al pago de las cotizaciones a la Seguridad Social, a las que se añaden al pago de las mismas para la mujer trabajadora que constituye familia monoparental que disfrute del permiso. A modo de pregunta retórica, nos planteamos entonces, si se tendría que plantear el legislador futuro la exención a las empresas que se encuentren en estas situaciones del pago de las cotizaciones a la Seguridad Social por este aumento en el disfrute de los permisos. De no hacerse así las empresas podrían incurrir en una limitación a la contratación para estos casos³⁷.

Desde la perspectiva de las Seguridad Social también se plantean retos futuros para el legislador. ¿Se tendría que crear una nueva prestación de Seguridad Social o, por el contrario, tan solo

article/view/27063 . Se analiza la evolución de la doctrina judicial en lo relativo a la acumulación del permiso por nacimiento y cuidado del menor en el contexto de familias monoparentales.

³⁴ Sobre esta cuestión véase el comentario de la STS efectuado por parte de: LOUSADA AROCHENA, J.F.: “Prestación por adopción del hijo/a del cónyuge o pareja: comentario a una sentencia dictada según la normativa anterior al RDL 6/2019 cuyas enseñanzas sirven para después”, en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Número 2, 2023. Disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2023-0000002343 . Analícese, además, el interesante trabajo al respecto realizado por parte de: RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “La protección jurídico-laboral de maternidad ante la “gestación subrogada” y tutela integral de los hijos: antecedentes, estado de la cuestión y perspectivas”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum. Estudios Doctrinales*, nº 18 (1er Trimestre 2019), págs. 53-78. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6898172> .

³⁵ Concreta otros modelos de familia que se podrían incluir en el marco de la monoparentalidad como la soltería, la privación de libertad, la emigración y la enfermedad prolongada, entre otras, NIÑO BRAVO, *op. cit.*, pág. 329.

³⁶ Al apuntar este posible matiz que podría generar cierta controversia basada en una interpretación negativa del planteamiento, queremos dejar clara nuestra postura a favor de la ampliación del permiso y de la prestación por nacimiento y cuidado del menor. Lo que no es óbice para que podamos plantear posibles comportamientos no ajustados a Derecho en relación al tema que nos ocupa.

³⁷ En la actualidad, el art. 68.1 y 6 *in fine* del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social establece la obligatoriedad del empresario de efectuar las cotizaciones en estos supuestos.

tendría que modificar el articulado de la LGSS en aras de ampliar la protección en 10 semanas para para estos casos? Pero no quedaría resuelta del todo la problemática a la que venimos aduciendo. Hay que tener en cuenta que el fallo de la STC limita su aplicación y cumplimiento solo al disfrute de los permisos regulados en el art. 48.4 del ET. Pero el Texto Refundido contempla otra serie de situaciones que podrían provocar cierta litigiosidad futura a la que tendría que prestar atención el legislador en el momento de regular el permiso y la prestación de Seguridad Social³⁸. La cláusula normativa sobre no discriminación en las relaciones laborales que se preceptúa en el art. 17.1 del ET está directamente relacionada con el art. 14 de la CE. También lo está, dentro de los derechos de los empleados públicos, el art. 14. i) del TREBEP. En ese sentido, el articulado del ET preceptúa ciertos permisos con derecho o no a remuneración y a prestación que enumeramos a continuación -sin ánimo de exhaustividad- y que, de cara al futuro, podrían generar cierta controversia al hilo del importante fallo del TC. De entre ellos enumeramos los siguientes:

1.- La corresponsabilidad en el cuidado del lactante (art. 37.4 ET). De acuerdo con el art. 45.1.d) del ET, en los supuestos de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, las personas trabajadoras tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo para el cuidado del lactante hasta que el mismo cumpla nueve meses. Duración que se aumentará de forma proporcional en los casos de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples. Es un derecho individual e intransferible. Cuando ambas personas progenitoras, adoptantes, guardadoras o acogedoras ejerzan este derecho con la misma duración y régimen, el período de disfrute se extenderá hasta que el lactante cumpla doce meses (con la reducción del salario a partir del cumplimiento de los nueve meses). Siempre que se cumplan con los requisitos, dicha situación protegida conlleva una prestación regulada en los arts. 183-185 de la LGSS.

2.- El nacimiento de hijo/a prematuro/a hospitalizado/a a continuación del parto (art. 37.5 ET). Las personas trabajadoras tienen un derecho de ausentarse del puesto de trabajo en caso de nacimiento de hijo/a prematuro/a que deban permanecer hospitalizados a continuación del parto. También tendrán derecho a una reducción de dos horas de la jornada con la disminución proporcional del salario.

3.- La reducción de jornada por cuidado de menor de doce años, persona con discapacidad, cuidado de familiar hasta segundo grado de consanguinidad que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo (art. 37.6 ET). Siempre que no desempeñen actividad retribuida, en estos casos se tendrá derecho a una reducción de jornada con la disminución proporcional del salario entre, al menos, 1/8 y la 1/2 de la duración de aquella.

4.- El cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave (art. 37.6 ET). En estos casos, el progenitor, guardador con fines de adopción o acogedor permanente tendrá derecho a una reducción de jornada (con la disminución proporcional del salario) de, al menos, la 1/2 de la duración de aquella para el cuidado -durante la hospitalización y tratamiento continuado- del menor a su cargo afectado por cáncer u otra enfermedad grave que implique un ingreso hospitalario de larga duración y requiera necesidad de su cuidado directo, continuo y permanente hasta que el sujeto causante cumpla los 23, o hasta los 26 años de edad si se acredita un grado de discapacidad igual o superior al 65%. Se trata de un derecho individual e intransferible. La obtención de este permiso también lleva aparejada una prestación de Seguridad Social siempre que se cumplan los requisitos (arts. 190-192 de la LGSS).

5.- La ausencia del trabajo por fuerza mayor (art. 37.9 ET). Cuando sea necesario por motivos familiares urgentes relacionados con familiares o personas convivientes (en caso de enfermedad o accidente que haga indispensable la presencia inmediata), las personas trabajadoras tendrán derecho

³⁸ Lo mismo sucede con lo previsto en el TREBEP (que se redacta en similares términos que el ET), aunque a lo largo del siguiente análisis, por falta de espacio, tan solo nos ocuparemos de la perspectiva del ET.

a la retribución de las horas de ausencia equivalentes a cuatro días al año de acuerdo a lo previsto en los convenios colectivos, acuerdos de empresa, etc³⁹.

6.- El disfrute del permiso parental (arts. 45.1 o) y 48 bis del ET)⁴⁰. Para el cuidado del menor de entre 1 y 8 años, las personas trabajadoras tendrán derecho de un disfrute no superior a ocho semanas continuas o discontinuas, a tiempo completo o a tiempo parcial. Se trata de un derecho individual e intransferible⁴¹.

7.- La excedencia voluntaria (art. 46.1 y 2 ET). Puede utilizarse este recurso en última instancia para el cuidado de familiares cuando se hayan agotado otras posibilidades legales. Con una antigüedad mínima de un año en la empresa, la persona trabajadora tiene derecho a que se le reconozca una excedencia voluntaria por un plazo no menor de cuatro meses y no mayor de cinco años.

8.- La excedencia por cuidado de hijo/a (art. 46.3 ET). La persona trabajadora tiene derecho a esta modalidad de excedencia por un período no superior a tres años para atender el cuidado de hijo/a.

9.- La excedencia por cuidado de un familiar de hasta segundo grado de consanguinidad que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo siempre que no desempeñe actividad retribuida (art. 46.3 ET). Excedencia no superior a dos años. Se trata de un derecho individual de la persona trabajadora.

10.- El nacimiento y el cuidado de menor de doce meses para casos de familias monoparentales no constituidas por mujeres (art. 48.4 ET). Disfrute de 16 semanas de permiso de las que las 6 primeras, obligatoriamente, se habrán de disfrutar después del parto. Un ejemplo podría ser el del hombre que queda viudo tras la muerte de la mujer durante el parto. En este caso, correspondería la prestación de Seguridad Social en los términos que establece la normativa en vigor (arts. 177-181 LGSS)

11.- Los casos de parto prematuro con falta de peso cuando el neonato haya de ser hospitalizado a continuación del parto por un período superior a siete días (art. 48.4 ET). En estos casos el período de suspensión se ampliará en tantos días como el nacido se encuentre hospitalizado con un máximo de 13 semanas adicionales.

12.- Los supuestos de adopción, de guarda con fines de adopción y de acogimiento, de acuerdo con el artículo 45.1.d) (art. 48.5 ET). Disfrute de 16 semanas de permiso con la correspondiente prestación de Seguridad Social en los términos que establece la normativa en vigor (arts. 177-181 LGSS). Recordemos que ha sido excluido este precepto del fallo de la STC para el caso de madres monoparentales.

13.- Supuesto de discapacidad del hijo/a en el nacimiento, adopción, en situación de guarda con fines de adopción o de acogimiento (art. 48.6 ET). Duración adicional de dos semanas del permiso recogido en los apartados 4 y 5 del art. 48 del ET. En este caso, la normativa reconoce una semana

³⁹ Sobre la retribución de estos permisos sin que el convenio colectivo pueda modificar dicho carácter, analizando la SAN 19/2024, de 13 de febrero (rec. 315/2023) véase: ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: “Los permisos familiares por fuerza mayor deben ser retribuidos”, en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Número 2, 2024. Disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2024-00000002620.

⁴⁰ Cfr.: VILA TIerno, F.: “El nuevo “permiso” parental”, en *Cuestiones laborales de actualidad*, Murcia, Laborum Ediciones, 2024, págs. 10-13. Disponible en: <https://accesoabierto.laborum.es/index.php/oa/catalog/book/39>. Analiza este autor las diferentes cuestiones y la “gran cantidad de interrogantes” (pág. 13) que se podrían plantear en función a la regulación otorgada por parte del legislador.

⁴¹ Se trata de un permiso con carácter no retribuido en este momento por parte de la legislación nacional. Nos encontramos a la espera de que el legislador, termine de transponer de forma correcta la Directiva a nuestro ordenamiento jurídico. Aunque la Sentencia 299/2024, de 28 de noviembre, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 1 de Barcelona (rec. Cont.-Adtivo. 322/224-A), ha considerado dicho permiso con carácter retributivo para los empleados públicos en aplicación directa de la Directiva.

para cada una de las personas progenitoras. Excluido también del fallo de la STC para el caso de madres monoparentales.

Tras un intento de resumir de forma clara los supuestos de posible litigiosidad futura en caso de familias monoparentales no compuestas por mujeres, hemos de volver a resaltar que algunos de los permisos y licencias señalados anteriormente van acompañados/as de prestaciones contributivas de Seguridad Social. Pero no solo desde la perspectiva contributiva de las prestaciones se atiende a las necesidades de las personas trabajadoras. También se extiende la misma a los subsidios no contributivos. Para el caso de la prestación por nacimiento y cuidado del menor se exigen una serie de requisitos (arts. 177-180 LGSS) ya analizados a lo largo de este trabajo de investigación que, de no cumplirse, puede dar lugar a un subsidio por nacimiento de hijo/a siempre que se cumplan los requisitos (art. 181 LGSS). Esta prestación económica no contributiva tendrá una duración de 42 días a contar desde el parto. La cuantía de la prestación será igual al 100% del IPREM vigente. Dicha prestación se podrá incrementar en 14 días naturales en algunos supuestos: a) nacimiento de hijo/a en familia numerosa, b) nacimiento en familia monoparental que sea el sustentador único de la familia, c) parto múltiple igual o superior a dos y d) discapacidad de la madre o del hijo en un grado igual o superior al 65%.

Por otro lado, aunque la letra b) del art. 351 de la LGSS contempla como prestación de Seguridad Social no contributiva el pago único a tanto alzado por nacimiento o adopción de hijos en familias numerosas, monoparentales (sin discriminación de sexo) y en los casos de madres y padres con discapacidad, no hace referencia a las familias monoparentales para los casos de prestación económica de pago único por parto o adopción múltiples (letra c) del art. 351). Tampoco se hace referencia expresa a la prestación familiar no contributiva de asignación económica por cada hijo mejor de edad afectado por discapacidad igual o superior al 33%, o aun siendo mayor de edad cuando el grado de discapacidad sea igual o superior al 65%. Se establece también dicha prestación a los menores en régimen de acogimiento familiar permanente o guarda con fines de adopción que cumplan con los requisitos. La filiación del beneficiario de prestación (distinto del causante de la misma), en este caso, puede ser de cualquier naturaleza. No excluyendo a las familias monoparentales en general.

También desde el punto de vista no contributivo alberga la LGSS una prestación económica por nacimiento o adopción de hijo/a en supuestos de familias numerosas, monoparentales y de madres o padres con discapacidad (arts. 357 y 358 de la LGSS). En este caso concreto, el párrafo 2º del apartado 2 del art. 357 sí que hace referencia al hecho de que *“Se entenderá por familia monoparental la constituida por un solo progenitor con el que convive el hijo nacido o adoptado y que constituye el sustentador único de la familia”*. Por último, también reconoce una prestación no contributiva por parto o adopción múltiples (arts. 359-362 de la LGSS). Pero no hace referencia alguna a familias monoparentales en este caso⁴².

Ante todas estas posibles situaciones litigiosas, en la línea argumentativa que venimos abordando y en aplicación de las STC analizada, ¿se tendrían que regular los permisos y, en su caso, las prestaciones de Seguridad Social (tanto contributivas como no contributivas) adaptando la normativa a las familias monoparentales en su más amplio sentido, teniendo en cuenta que el fallo del TC solo hace referencia a las mujeres y que, en líneas generales, la normativa contempla pocos casos para ambos sexos?⁴³ Y, de no realizarse contemplando dichos parámetros, ¿podríamos estar incurriendo

⁴² *“Resulta obligado continuar reflexionado sobre la adopción de medidas de protección a los niños sujetas a los principios de razonabilidad y proporcionalidad en atención a ciertos parámetros, como la tasa de riesgo de pobreza o exclusión social, que recaen sobre las familias monoparentales”*. CASTRO FRANCO, A: “La corresponsabilidad y el interés superior del menor como principios en la interpretación judicial del tiempo de trabajo: avances y diferencias”, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones laborales y Derecho del Empleo*, Volumen 13, número 1, enero-marzo de 2025, pág. 429. Disponible en: https://ejcls.adapt.it/index.php/rldc_adapt/issue/view/107 .

⁴³ Independientemente de la regulación futura por la que opte el legislador, el papel de la negociación colectiva puede actuar como un elemento importante a favor de mejorar tanto permisos como prestaciones complementarias que

en una discriminación amparada en el derecho fundamental de igualdad ante la ley regulado en el art. 14 de nuestra Carta Magna? Desde nuestro punto de vista, el reto del legislador de cara al futuro es ciertamente complejo, sobre todo si se tiene en cuenta la cantidad de variables y aristas que la normativa actual puede plantear⁴⁴. Aunque el debate sobre la cuestión no solo se va a desarrollar en el arco parlamentario, sino que también en el marco jurisdiccional. Prueba de ello es la STSJ-Murcia 12/2025, de 9 de enero (rec. nº 288/2023) que, acogiéndose a la doctrina establecida por el TC, declara el derecho de una madre de familia monoparental que se le abone la prestación económica por nacimiento y cuidado del menor durante un total de 32 semanas, añadiendo 16 a las ya reconocidas por parte del INSS. Parece, por tanto, que, el debate y la futura litigiosidad, están servidos⁴⁵.

6. CONCLUSIONES

A pesar de que la protección del nacimiento de hijo/a ha evolucionado a lo largo de las últimas décadas de forma muy positiva y favorable equiparando su disfrute tanto para mujeres como para hombres, los nuevos modelos de familia han provocado un debate jurisdiccional en relación a la concesión adicional tanto del permiso como de la prestación de Seguridad Social a la mujer que constituye familia monoparental del permiso y la prestación que le hubiese correspondido al otro progenitor.

La conflictividad suscitada ha sido resuelta de forma dispar por distintas Salas del Tribunal Supremo. Tras una cuestión de inconstitucionalidad planteada por el TSJ-Cataluña ante el TC, en una reciente sentencia del año pasado, dicho órgano judicial ha declarado inconstitucionales los arts. 48.4 del ET y 177 de la LGSS. No obstante, dicha declaración no conlleva aparejada la nulidad de los preceptos cuestionados al objeto de no perjudicar al resto de progenitores que no constituyan familias monoparentales donde la mujer figura como única sustentadora de la familia.

Emplaza en el fallo el TC a la reformulación normativa por parte del legislador fundamentada una interpretación discriminatoria de los arts. 14 y 39 de la CE de forma estrechamente relacionada. Aunque concede la adición de 10 semanas a las 16 ya concedidas por parte del INSS. Lo que por parte de algunos Magistrados del TC en sendos votos particulares ha sido considerado como una función que no corresponde al órgano jurisdiccional sino al propio legislador, limitando, en cierta forma, la reforma de la normativa y actuando -en este caso- el máximo intérprete de la Carta Magna como legislador positivo.

Del análisis llevado a cabo por nuestra parte de la normativa tanto laboral como de Seguridad Social, el reto futuro del legislador no estriba solo en la reformulación de los artículos declarados como inconstitucionales. Alberga nuestro ordenamiento jurídico toda una serie de preceptos en materia de permisos y prestaciones que podrían ser interpretados como discriminatorios con base en el fallo del

supongan una mejora al alza de todas estas cuestiones que venimos abordando, tal y como recoge el art. 3.1.b) del ET y el art. 238 a 241 de la LGSS.

⁴⁴ Para el profesor MONEREO, “*El modelo legal deberá establecer mecanismos de protección sociolaboral equiparables para los distintos modelos de familia, atendiendo a la lógica entre igualdad y diferencia*”, en Monereo Pérez, J.L.: “Familia monoparental y permiso de paternidad: ¿es posible la acumulación y disfrute de los dos permisos en un solo progenitor por vía de interpretación jurídica finalista?”, *op. cit.*, pág. 12.

⁴⁵ “*Parece pues ineludible la urgente intervención del legislador que permita ofrecer un marco jurídico adecuado a las familias monoparentales por razón del nacimiento, solventando el vacío normativo existente en la cobertura de esta situación. (...) La regulación que se haga, además de preservar los objetivos que motivaron la reforma llevada a cabo por el RDL 6/2019, de 1 de marzo, de fomento de la corresponsabilidad entre los progenitores y de igualdad de trato entre hombres y mujeres, en el caso de familias biparentales, debe también tratar de proteger el interés del menor, con independencia del contexto de familia en el que nazca, para permitir que disfrute de un tiempo de cuidados suficiente y comparable al nacido en el seno de una familia biparental*”. GARCÍA ROMERO, B.: “Derecho de las madres biológicas de familias monoparentales a la ampliación del permiso por nacimiento y cuidado de menor para poder disfrutar del que hubiera correspondido al otro progenitor”, en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Número 1, 2025, pág. 10. Disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/anuario.php?id=L.

TC. De tal manera que, sino se produce una modificación de la normativa que contemple todas las aristas y controversias posibles, la conflictividad y litigiosidad futura tanto en sede administrativa como judicial parece estar más que asegurada.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ CORTÉS, J.C. y MONCADA GARCÍA, R.: “Las familias “monoparentales” y de duración de la prestación por nacimiento y cuidado del menor: ¿Una oportunidad pedida?”, en *Temas Laborales*, núm. 167/2023, págs. 289-313. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=9048582> .
- ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: “Los permisos familiares por fuerza mayor deben ser retribuidos”, en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Número 2, 2024. Disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2024-00000002620 .
- BAQUERO AGUILAR, J.: “De las prestaciones en favor de familiares cuando su causante era la beneficiaria de una pensión del seguro obligatorio de vejez e invalidez: “la cuestión de género” como elemento clave para la revisión de la doctrina del tribunal supremo. Sentencia del Tribunal Supremo 416/2020, de 29 de enero de 2020. ECLI: ES: 2020:416”, en *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, Nº 153, 2020, págs. 245-262. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7640260> .
- CABELLO ROLDÁN, A.: “La situación actual de los nuevos modelos de familia en el ámbito socio-laboral: especial atención a la monoparentalidad y homoparentalidad”, en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, mayo-octubre 2024, núm. 9, págs. 122-154. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=9781924> .
- CARMONA PAREDES, R.: “La ampliación del permiso por nacimiento en familias monoparentales. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 140/2024, de 6 de noviembre”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 484, págs. 300-308. Disponible en: <https://revistas.cef.udima.es/index.php/rtss/article/view/24255/24125> .
- CASTRO FRANCO, A.: “La corresponsabilidad y el interés superior del menor como principios en la interpretación judicial del tiempo de trabajo: avances y diferencias”, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones laborales y Derecho del Empleo*, Volumen 13, número 1, enero-marzo de 2025, págs. 412-446. Disponible en: https://ejcls.adapt.it/index.php/rlde_adapt_issue/view/107 .
- GARCÍA GIL, M.B.: “Familias monoparentales y permiso por nacimiento y por cuidado de hijo o menor. Oportunidad de los pronunciamientos de las dos salas del Tribunal Supremo”, en *Labos*, Vol. 5, Nº 3, págs. 126-158. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/LABOS/article/view/9123/6995> .
- GARCÍA ROMERO, B.: “Derecho de las madres biológicas de familias monoparentales a la ampliación del permiso por nacimiento y cuidado de menor para poder disfrutar del que hubiera correspondido al otro progenitor”, en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Número 1, 2025, págs. 1-11. Disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/anuario.php?id=L .

- LOUSADA AROCHENA, J.F.: “Prestación por adopción del hijo/a del cónyuge o pareja: comentario a una sentencia dictada según la normativa anterior al RDL 6/2019 cuyas enseñanzas sirven para después”, en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Número 2, 2023. Disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2023-00000002343
- MONEREO PÉREZ, J.L.: “Familia monoparental y permiso de paternidad: ¿es posible la acumulación y disfrute de los dos permisos en un solo progenitor por vía de interpretación jurídica finalista?”, en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Número 3, 2023. Disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/anuario.php?id=L_2023&fasc=3.
- MORALES ORTEGA, J.M.: “Medidas empresariales de diversidad e inclusión para el colectivo LGTBI: un análisis jurídico-laboral”, en *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, Nº. Extra 1 (“Progresividad en torno al derecho humano de igualdad, discriminación, discapacidad y género”), 2022, págs. 219-256. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8487436>.
- MORALES VÁLLEZ, C.: “La prestación por nacimiento y cuidado del menor en las familias monoparentales. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 02/03/2023”, en Vv.Aa.: *Derecho vivo de la seguridad social: VII Seminario Permanente de Estudio y Actualización URJC-AESSS 2022*, Rodríguez Hiniesta, G. y Lasasa Irigoyen, E. (Dirs.), Murcia, Laborum Ediciones, 2023, págs. 169-178.
- NIÑO BRAVO, E.: “El largo y tortuoso camino jurisprudencial en torno a la acumulación del permiso por nacimiento y cuidados de las familias monoparentales”, en *Lan Harremanak*, 52, 2024, págs. 326-357. Disponible en: https://ojs.ehu.es/index.php/Lan_Harremanak/article/view/27063.
- ORTEGA SÁNCHEZ DE LERÍN, P.: “El error y la oportunidad perdida del Tribunal Supremo (Comentario a la STS 15 oct. 2024 sobre la ampliación del permiso de paternidad a familias monoparentales)”, en *diariolaley*. Disponible en: https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAC1PQU7DQAx8DXtBQIFQctpLmmOFKoi4O7smsBRZg-2E5vds2loaeSyNZ-zfBWXr8WI-cA6UCAJxfvyGeefidMuct9n3sqAzGNRXD014LqgdBFsgdRz8y85pxR4GXzmWiNjUhrkbpA9UXzdvtife4eVRrAS0YLcTCIG3_VVqdemOhxqt6JoEfgvGjEbuonG6VRgN70iSJjOMKI_kRoU-yUZRNyN0J-LSzBgOnLE61cownJGmU130_t2u5iVhMHY53V2IZXegeEREuZ4v-0fp1nAbB0BAAA=WKE.
- QUESADA SEGURA, R. y VILA TIERNO, F.: “Derecho a la igualdad y no discriminación (Art. 14 CE y normas concordantes)”, en Vv.Aa.: *Derechos laborales fundamentales inespecíficos*, Monereo Pérez, J.L., Vila Tierno, F. y Álvarez Cortés, J.C. (Dirs.), Granada, Editorial Comares, 2020, págs. 213-238.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “La protección jurídico-laboral de maternidad ante la “gestación subrogada” y tutela integral de los hijos: antecedentes, estado de la cuestión y perspectivas”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum. Estudios Doctrinales*, nº 18 (1er Trimestre 2019), págs. 53-78. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6898172>.
- VILA TIERNO, F.: “El nuevo “permiso” parental”, en *Cuestiones laborales de actualidad*, Murcia, Laborum Ediciones, 2024, págs. 10-13. Disponible en: <https://accesoabierto.laborum.es/index.php/oa/catalog/book/39>.