

AMPLIACIÓN DE LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LAS FAMILIAS MONOPARENTALES A GOLPE DE SENTENCIA: LA PRESTACIÓN DE NACIMIENTO Y CUIDADO DE MENOR EN TRES JURISDICCIONES. PRIORIDAD DEL SUPERIOR INTERÉS DEL MENOR.

Por

PILAR MADRID YAGÜE y MARÍA TERESA CASTELLÁ MOLINA

Letradas de la Administración de la Seguridad Social

pilar.madrid@seg-social.es

maria-teresa.castella@seg-social.es

Publicado en RGDTSS núm. 71, Editorial IUSTEL:

https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?numero=71&id=12

RESUMEN: Las familias monoparentales, compuestas por un solo progenitor, en su mayoría mujeres, al cuidado de uno o varios menores, constituyen un modelo de familia que en los últimos años está en crecimiento. El retraso en la aprobación de una regulación específica que le dé carta de naturaleza como tal modelo y disponga su régimen jurídico unificado ha motivado el avance de sus derechos a través de la presentación de demandas en distintos órdenes jurisdiccionales y ante el Tribunal Constitucional. El otorgamiento constitucional de la acumulación en una sola beneficiaria de los permisos parentales de los dos progenitores, siendo uno inexistente, y de la correlativa prestación de Seguridad Social de nacimiento y cuidado de menor, ha hecho primar el interés superior del menor y el principio de igualdad de los menores en función de su filiación sobre el principio de igualdad de género, abriendo algunas incertidumbres jurídicas en relación con las familias biparentales. Relación de sentencias de la Sala de lo Social y de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional.

PALABRAS CLAVE: Familia monoparental; prestación de nacimiento y cuidado de menor; igualdad; interés superior del menor; no discriminación por razón de nacimiento.

SUMARIO:

- I. Las familias monoparentales, un modelo de familia en crecimiento.
- II. Protección de las familias monoparentales. La prestación de nacimiento y cuidado de menor: una ausencia legal para tres jurisdicciones.
- III. La Sala de lo Social del Tribunal Supremo. Dos sentencias y un cambio de doctrina.
- IV. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.
- V. El Tribunal Constitucional.
- VI. Valoración final. El principio de igualdad de género versus la protección del superior interés del menor.

EXPANSION OF SOCIAL PROTECTION FOR SINGLE-PARENT FAMILIES BY SENTENCE: THE BIRTH AND CHILD CARE BENEFIT IN THREE JURISDICTIONS. PRIORITY OF THE BEST INTEREST OF THE CHILD.

ABSTRACT: Single-parent families, composed of a single parent, mostly women, caring for one or more children, constitute a family model that has been growing in recent years. The delay in the approval of specific regulations that would establish this model and establish its unified legal regime has led to the advancement of their rights through the filing of lawsuits in various jurisdictions and before the Constitutional Court. The constitutional provision that a single beneficiary may accumulate parental leave for both parents, even though one of them does not exist, and the corresponding Social Security benefit for the birth and care of a child, has prioritized the best interests of the child and the principle of equality of children based on their parentage over the principle of gender equality, raising certain legal uncertainties regarding two-parent families. List of sentences from the Social and Administrative Litigation Chamber of the Supreme Court and the Constitutional Court.

KEYWORDS: Single-parent family; childbirth and childcare benefits; equality; best interests of the child; non-discrimination based on birth.

SUMMARY:

- I. Single-parent families: a growing family model.
- II. Protection of single-parent families. Childbirth and childcare benefits: a legal absence for three jurisdictions.
- III. The Social Division of the Supreme Court. Two sentences and a change in doctrine.
- IV. The Contentious-Administrative Division of the Supreme Court.
- V. The Constitutional Court.
- VI. Final assessment. The principle of gender equality versus the protection of the best interest of the child.

I. LAS FAMILIAS MONOPARENTALES, UN MODELO DE FAMILIA EN CRECIMIENTO.

Se considera familia monoparental a aquella que se compone de un solo progenitor, varón o mujer, y uno o varios hijos y/o hijas. Se trata de un hogar gestionado por una sola persona que se encarga dentro de una dinámica familiar de uno o más menores a su cargo. Como señalan las profesoras de la Universidad de Vigo, Carmen Verde-Diego y Iria Vázquez Silva, existen diferentes “vías de entrada” a la monoparentalidad. Nos encontramos con familias monoparentales derivadas de la maternidad en solitario (biológica o adoptiva), de personas divorciadas o separadas, de personas viudas, parejas de desaparecidos o de personas abandonadas y forzadas a asumir las responsabilidades parentales en solitario. También se pueden distinguir supuestos de monoparentalidad “temporal”, en el caso de largas ausencias de uno de los progenitores o tutores que deja a la otra persona con la responsabilidad completa de los menores a cargo¹.

Este modelo de familia ha existido siempre, pero, con los profundos cambios sociales y económicos de las últimas décadas, se ha producido un crecimiento exponencial de este tipo de hogares. Según los datos de la última Encuesta Continua de Hogares (ECH) del INE de 2020², el número de hogares en España aumentó un 0,7% durante este año, alcanzando

¹ Accesible: <https://theconversation.com/en-espana-ya-hay-dos-millones-de-familias-monoparentales-casi-todas-encabezadas-por-mujeres-220928>

² Última encuesta publicada el 7 de abril de 2021 con datos de 2020: https://www.ine.es/prensa/ech_2020.pdf

los 18.754.800, siendo los más frecuentes los formados por dos personas (30,4%). Con relación a los hogares monoparentales, éstos suponen el 10,4% del total y también se ha observado un importante crecimiento (incremento de un 13,9% desde 2013), alcanzando la cifra de 1.944.800 familias en 2020, siendo muy significativo el que la monoparentalidad que más avanza es la voluntaria de personas solteras (en un 31,6%), seguida de la de personas separadas y divorciadas (en un 28,6%).

Este fenómeno no es exclusivo de nuestro país. Según un estudio del Pew Research Center de 130 países y territorios, alrededor de un 7% de los menores de todo el mundo viven en hogares monoparentales. La proporción de niños y niñas en Estados Unidos que viven con un solo progenitor ha ido en aumento, acompañado de una disminución en las tasas de matrimonio y un aumento de los nacimientos extramatrimoniales, siendo este país el que tiene la tasa más alta del mundo de menores que viven en hogares monoparentales (23%), seguido de Reino Unido (21%), Rusia (18%) y Francia (16%)³.

Pero ¿a qué se debe esta tendencia? Según el think tank estadounidense, el bienestar económico es un factor decisivo en el tamaño del hogar. Vivir en familias extensas está vinculado a niveles más bajos de desarrollo económico, en donde los recursos se extienden más y las tareas domésticas y de cuidados se comparten entre más personas adultas que viven juntas. Este factor económico no lo explica todo, no podemos considerarlo una condición suficiente. Es necesario analizar otros elementos de influencia, de tipo social, cultural y religioso. Sociológicamente, cobra una especial importancia la existencia del divorcio, de modelos familiares diversificados y, sobre todo, el avance del acceso de las mujeres a la educación, al mercado laboral y a los recursos de todo tipo; es decir, consideramos que es decisivo el mayor grado de autonomía y de igualdad entre sexos.

En efecto, volviendo a los datos, podemos afirmar rotundamente que las familias monoparentales tienen rostro de mujer. Según la citada Encuesta Continua de Hogares del INE de 2020, el 81,4% de los hogares está compuesto de mujeres con menores a su cargo frente a solo 362.700 hogares de varones con hijos y/o hijas, lo que representa solo un 18,6%. De ahí que, reivindicativamente, y frente a la resistencia académica y gramatical, se les denomine hogares “monomarentales”⁴.

Como señala Raymon Torres, director de Coyuntura de Funcas, este modelo de hogares representa “una revolución silenciosa”, ya que “el cambio en la tipología de familia va a tener implicaciones muy profundas en la economía”, va a llevar a una diversificación de las pautas de trabajo, de vida y de consumo, además de impactar en las pensiones y en la protección social⁵.

Esta tendencia creciente, que evidencia que el cambio estructural de nuestra sociedad ha llegado para quedarse, pone al descubierto toda una serie de debilidades institucionales

³ <https://www.pewresearch.org/short-reads/2019/12/12/u-s-children-more-likely-than-children-in-other-countries-to-live-with-just-one-parent/>

⁴ Sobre la polémica sobre el término monomarental y el sexismo en la lengua: [https://urldefense.com/v3/_https://www.fundeu.es/noticia/monomarental-el-neologismo-que-reabre-el-debate-sobre-el-sexismo-linguistico/_;!!GiFGRLIRKPeN!08wXbC2s--10DW8hc6AwO2zZNeRI-i5QDhfOdquLuAMxs_LrSJGHxXrhuzs6Hoa7_h278T1X1q9YagY_uzFJQ3WL9ASl9g\\$](https://urldefense.com/v3/_https://www.fundeu.es/noticia/monomarental-el-neologismo-que-reabre-el-debate-sobre-el-sexismo-linguistico/_;!!GiFGRLIRKPeN!08wXbC2s--10DW8hc6AwO2zZNeRI-i5QDhfOdquLuAMxs_LrSJGHxXrhuzs6Hoa7_h278T1X1q9YagY_uzFJQ3WL9ASl9g$)

⁵ https://www.familiesmonoparentals.cat/img/reg000076_241106_232626.pdf

en relación con la protección de las familias monoparentales, cuyas necesidades son muy diferentes del modelo de familia biparental. Pero, las familias con una sola persona progenitora abastecedora tienen un riesgo de pobreza y de exclusión social mucho más alto, al tener mayor dificultad en la consecución de los mismos rendimientos económicos que en otros modelos y en la conciliación de la vida familiar, lo que se traduce en un aumento muy significativo de la desigualdad y la vulnerabilidad.

La Fundación Adecco, a través de su Observatorio de la Vulnerabilidad y el Empleo, en su 12º informe Monoparentalidad y Empleo, concluye que el desempleo expone a las familias monoparentales a una vulnerabilidad extrema: el 85% de las mujeres al frente de una familia monoparental en situación de desempleo no encuentra una jornada laboral adaptada a sus necesidades, el 77,8% cree que existen prejuicios y estereotipos que cuestionan su capacidad para cumplir con las responsabilidades de su trabajo, y en el 66,3% la carga emocional dificulta la concentración y el foco en la búsqueda activa de empleo⁶.

Pese a las palmarias evidencias de vulnerabilidad económica y de mayor necesidad de apoyo por las dificultades de atención a las cargas familiares, amén de la “inexcusable aplicación del principio de igualdad y respeto a su diversidad”, como señala y denuncia la Profesora Yolanda Valdeolivas García⁷, la familia monoparental no dispone de un régimen jurídico propio o autónomo, más allá de algunas referencias puntuales en la normativa laboral y de Seguridad Social, de la equiparación en temas concretos a las familias numerosas y de la disparidad de tratamiento y regulación de las Comunidades Autónomas. Ante tal irresponsable situación institucional, se está avanzando en la consecución de derechos a golpe de sentencia a través de un aspecto puntual, como es el de la acumulación de dos permisos parentales en una sola persona titular y sus correspondientes prestaciones de Seguridad Social. Veámoslo.

II. Protección de las familias monoparentales. La prestación de nacimiento y cuidado de menor: una ausencia legal para tres jurisdicciones.

España carece de una ley a nivel nacional que regule holísticamente a las familias monoparentales, siendo inexistentes no solo las medidas y políticas homogéneas en los distintos aspectos (vivienda, permisos laborales, prestaciones de Seguridad Social, etc.) sino en su mismo concepto (cada Comunidad Autónoma define lo que considera familia monoparental a los efectos de sus beneficios). Hasta el momento presente, se avanza de manera desigual a través de algunas previsiones sobre aspectos muy concretos (por normas autonómicas, sobre todo) y, especialmente, por las sentencias y jurisprudencia de nuestros distintos tribunales. La Federación de Asociaciones de Madres Solteras (FAMS), en su informe “Madres y Punto. La realidad invisible de la monoparentalidad en España”, reclama un cambio de perspectiva en el enfoque de las políticas públicas y la creación de un marco teórico para abordar la situación de las familias monoparentales. Pero, la protección de las familias monoparentales no solo necesita de este marco general que aborde de manera integral las necesidades de este tipo de hogares, sino que además es

⁶ https://fundacionadecco.org/wp-content/uploads/2024/10/161024NDP-MONOPARENTALIDAD-Y-EMPLEO-NACIONAL_.pdf

⁷ Valdeolivas García, Yolanda, “El permiso y subsidio por razón de nacimiento y cuidado de menor en las familias monoparentales. Comentario a la STC 140/2024, de 6 de noviembre”, RGDTS núm. 70, IUSTEL 2025.

imprescindible que se haga con un enfoque que responda a su realidad, con una inexcusable perspectiva de género que tenga en cuenta sus necesidades de conciliación de la vida personal, familiar y laboral y que evite la vulnerabilidad y las brechas de género.

La Directiva 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, persigue garantizar la igualdad de género en las oportunidades laborales y de trato en el trabajo en los Estados miembros, para incrementar la participación de las mujeres en el mundo laboral y mejorar la corresponsabilidad de las tareas. Su Considerando 37 anima a los Estados a que valoren si las condiciones y las modalidades detalladas de ejercicio del derecho al permiso parental, el permiso para cuidadores y las fórmulas de trabajo flexible deben adaptarse a necesidades específicas, por ejemplo, de las familias monoparentales, ya que su impacto tiene especial incidencia en las mujeres.

Esta Directiva ha sido traspuesta a nuestro derecho español por el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, de manera muy discreta y poco ambiciosa, ya que, si bien se avanza en la protección de trabajadoras y trabajadores cuidadores, se queda muy corta en aspectos como la retribución del permiso parental de 8 semanas para el cuidado de menores de ocho años (aun no implementada) o en la ausencia de respuesta ante el requerimiento de la adaptación de los permisos parentales a las necesidades específicas de las familias monoparentales.

Con mayor alcance, en febrero de 2024, el Consejo de Ministros ha aprobado el Proyecto de Ley de Familias, que busca reforzar la protección social de todos los modelos familiares y reconoce el estatus de las familias monoparentales, que dispondrán de un título de acreditación oficial, les dará derecho a distintos servicios públicos, les otorgará 16 semanas de educación infantil gratuita dentro de los 24 meses de vida del menor y equipará en derechos a las familias monoparentales con dos hijos a las familias numerosas. Pero esta norma aún está en proceso de tramitación parlamentaria y ha sido pospuesta en numerosas ocasiones, habiéndose denunciado por las entidades de infancia la falta de voluntad política para su reactivación.

En el ámbito prestacional de la Seguridad Social mucho se ha avanzado desde que la maternidad fuera una situación regulada y cubierta dentro de la incapacidad temporal. Con fecha 7 de marzo de 2019 se publicó el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo la ocupación, con entrada en vigor el 1 de abril, por el cual se introdujeron modificaciones muy importantes tanto en el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), como en el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) y en el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), para la equiparación de los permisos parentales y sus prestaciones en 16 semanas, y, en definitiva, para el avance en la equiparación de derechos laborales y de prestaciones de Seguridad Social entre mujeres y hombres.

Esta norma dio redacción a una nueva prestación de Seguridad Social, denominada ahora de nacimiento y cuidado de menor, regulada en los artículos 177 y ss. de la LGSS, siendo la situación protegida el nacimiento, la adopción, la guarda con fines de adopción y el acogimiento familiar durante los períodos de descanso dispuestos en el ET y en el EBEP, y

teniendo como beneficiarias a las personas incluidas en el sistema de Seguridad Social o de Clases Pasivas, indiferenciado su sexo, que reuniesen los requisitos de afiliación, alta y cotización exigidos. También se cuidó de cambiar la nomenclatura, suprimiendo los términos maternidad y paternidad e introduciendo las locuciones de persona trabajadora, madre biológica y progenitor distinto de la madre biológica.

Con relación a las familias monoparentales, se prevé por la LGSS un supuesto especial de subsidio por nacimiento, de naturaleza no contributiva, para las trabajadoras del Régimen General que, en caso de parto, reúnan todos los requisitos de la prestación de nacimiento y cuidado de menor menos el período de cotización. En efecto, el artículo 182 de esta norma dispone, como regla general, una cuantía del 100% del indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM), salvo las excepciones que este artículo indica, durante cuarenta y dos días naturales a contar desde el parto, incrementándose en catorce días naturales más en varios supuestos, siendo uno de ellos el del nacimiento de hijo en una familia monoparental. Es de destacar que este artículo sí contiene una definición de familia monoparental, señalando que se entiende por tal: “la constituida por un solo progenitor con el que convive el hijo nacido y que constituye el único sustentador de la familia”.

Es importante destacar que la equiparación en 16 semanas de los permisos parentales de mujeres y hombres tuvo un período transitorio, de (redundante) aplicación paulatina, para el progenitor distinto de la madre biológica, que culminó con la total equiparación a partir de 1 de enero de 2021. La disposición transitoria decimotercera del ET, introducida por el Real Decreto Ley 6/2019, dispuso la siguiente previsión en tanto que no se alcanzase la total equiparación: en caso de fallecimiento de la madre biológica, con independencia de que ésta realizara o no algún trabajo, el otro progenitor tendría derecho a la totalidad de 16 semanas de suspensión previstas para la madre biológica; previsión totalmente lógica en aras a la protección del bebé ante el hecho luctuoso. Para el funcionariado, en esta línea, el EBEP prevé que, en caso de fallecimiento de la madre, el otro progenitor pueda hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte del permiso por nacimiento que reste (artículo 49.a EBEP).

Con base a esta normativa, las mujeres titulares de hogares monoparentales han solicitado que se les reconozca el derecho a acumular los dos permisos parentales por nacimiento y sus prestaciones de Seguridad Social, el propio y el del progenitor distinto de la madre inexistente, en aras a la protección de los menores y a fin de evitar la discriminación que se produciría en comparación con los niños y niñas de las familias biparentales. Pero hasta el momento presente, el legislador no ha dado ningún paso en este sentido. Como señala la profesora Patricia Nieto Rojas, “ni el Real Decreto Ley 5/2023 ni el proyecto de Ley de Familias... han atendido este requerimiento (de regulación de la ampliación del permiso de nacimiento y cuidado del menor de las familias monoparentales), guardando el más llamativo de los silencios sobre el particular, siendo unánime la crítica a esa desidia del legislador entre quienes han analizado los múltiples pronunciamientos jurisprudenciales que esta falta de reconocimiento ha propiciado (Aragón Gómez, García Gil, Montesdeoca Suárez, Molina Navarrete, Vivero Bautista)”⁸.

⁸ Nieto Rojas, Patricia, “STC 140/2024 y la actuación del INSS. La urgente necesidad de una modificación legal para dar una respuesta satisfactoria a las familias monoparentales”, en Briefs AEDTSS, núm. 21, 2025.

Y es que, en efecto, el legislador más que desidia lo que ha demostrado hasta el momento presente es la intención de no conceder la ampliación del permiso y la doble prestación por nacimiento y cuidado de menor a las familias monoparentales, medida que se considera “estrella” en la Ley de Familias y que ya suscitó un importante discurso en la convalidación del Real Decreto-ley 6/2019. Consta en el Diario de Sesiones de 3 de abril de 2019 el encendido debate en el Congreso en dicha sesión de convalidación de la norma citada, en el que los grupos parlamentarios de Esquerra Republicana, Ciudadanos y el Grupo Mixto hicieron constar sus quejas por no haber tenido en cuenta las reivindicaciones de las familias monoparentales y no haber acumulado los permisos parentales.

Por tanto, podemos afirmar que la voluntad del legislador en el Real Decreto-ley 6/2019 fue palmaria y clara, en el sentido de no reconocer más derechos a las familias monoparentales y de no ampliar el permiso parental por nacimiento por acumulación de los permisos de dos progenitores siendo uno inexistente. La razón queda explicada en la Exposición de Motivos de la norma, el “principio rotundo de igualdad entre hombres y mujeres”, siendo la medida *la absoluta equiparación de los permisos de maternidad y de paternidad en 16 semanas*, permisos que “además deben ser *iguales, intransferibles y retribuidos al cien por cien*”. El bien jurídico protegido por este Real Decreto-ley, por tanto, es la igualdad de mujeres y hombres como igualdad de género, no el superior interés de los menores o el principio de igualdad de niños y niñas en función de su modelo de familia. En coherencia, tenemos la redacción del artículo 48.4 del ET, que dispone que: “en el supuesto de fallecimiento del hijo o hija, el periodo de suspensión no se verá reducido, salvo que, una vez finalizadas las seis semanas de descanso obligatorio, se solicite la reincorporación al puesto de trabajo (del permiso, serán obligatorias seis semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto, que habrán de disfrutarse a jornada completa, para asegurar la protección de la salud de la madre, o, en el caso del progenitor distinto de la madre, para el cumplimiento de los deberes de cuidado previstos en el artículo 68 del Código Civil).

Podemos adelantar aquí lo que señala la profesora Susana Moreno Cáliz en su estudio de la evolución de la doctrina constitucional sobre la protección y cuidado del menor en las familias monoparentales⁹, en el que analiza el cambio de la finalidad de las normas. Así precisa qué, en la legislación española anterior a 2007, la finalidad de la prestación por maternidad era la protección de la salud de la madre y de los lazos materno filiales con posterioridad al parto, mientras que en la posterior a 2007 la finalidad del descanso por paternidad como prestación autónoma y distinta de la de maternidad era la de favorecer la conciliación laboral y familiar y la de fomentar la corresponsabilidad; finalmente, en la normativa de 2019, lo que se trata de conseguir es la igualdad real y efectiva de hombres y mujeres mediante la equiparación de la duración de la prestación por nacimiento y cuidado de menor. En suma, consideramos que, con las sucesivas reformas y regulaciones en los permisos parentales, se trata de avanzar en la consecución de los objetivos de conciliación y de corresponsabilidad de los dos progenitores en el cuidado de los menores, a la par que procurar con ello la mejor protección de éstos.

Concluimos, según lo anterior, que, en puridad, no existe vacío legal en torno a la cuestión de si en las familias monoparentales se pueden acumular los permisos parentales de dos progenitores siendo solo uno existente, al contrario, constatamos que estamos ante la

⁹ Moreno Cáliz, Susana, “La doctrina constitucional sobre la protección por nacimiento y cuidado del menor en las familias monoparentales”, RGDTSS núm. 70, IUSTEL 2025.

voluntad del legislador de no permitirlo legalmente, ya que la finalidad de la regulación de estos permisos es la de igualarlos, sin distinción del sexo del progenitor, para cerrar brechas de género y avanzar en la igualdad real de mujeres y hombres en el mundo laboral y en el ámbito de las pensiones de Seguridad Social.

La reclamación por parte de las madres monoparentales de la acumulación de los dos permisos parentales a efecto de sus correspondientes prestaciones de Seguridad Social han sido denegadas por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) en el caso de las trabajadoras por cuenta ajena y por la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social para el supuesto del funcionariado incluido en Clases Pasivas (entidad competente en tanto en cuanto dicha competencia no sea asumida por el INSS), en aplicación de la normativa vigente. Sus resoluciones denegatorias han sido impugnadas ante nuestros órganos jurisdiccionales y la escalada de instancias judiciales nos ha dejado múltiples sentencias de distinto signo de Tribunales Superiores de Justicia (TSJ), tanto del orden social como del contencioso-administrativo, que han permitido acceder a través de recursos extraordinarios a las respectivas Salas del Tribunal Supremo para unificar criterio. Y de aquí se ha pasado al planteamiento de la cuestión ante el Tribunal Constitucional, que ha puesto punto final al debate con su sentencia 140/2024, de 6 de noviembre. Veámoslo.

III. La Sala de lo Social del Tribunal Supremo. Dos sentencias y un cambio de doctrina.

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha sido la primera de este Alto Tribunal en conocer del asunto, en su sentencia de Pleno núm. 169/2023, de 2 de marzo de 2023, recaída en el recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 3972/2020 (ECLI:ES:TS:2023:783). La sentencia es estimatoria del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal (interesado a instancia del INSS) al ser un tema de relevancia en el que no existían en el momento de la interposición sentencias idóneas para la presentación directa del recurso por la entidad gestora.

En los hechos enjuiciados, una progenitora monoparental, trabajadora del Régimen General de la Seguridad Social, solicitó la prestación propia que le correspondía de nacimiento y cuidado de menor por su hija biológica y, además, la del otro progenitor inexistente. Tras una sentencia desestimatoria de un Juzgado de lo Social, la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco concedió el permiso adicional.

El Tribunal Supremo accedió a admitir a trámite el recurso del Ministerio Fiscal al no haber doctrina unificada por la Sala y el INSS solicitó la alteración de la situación jurídica procesal adhiriéndose al recurso. Se argumentó principalmente que la regulación de la prestación por nacimiento y cuidado de menor discrimina diferentes supuestos para cada uno de los cuales la normativa exige distintas particularidades, como, por ejemplo, una distribución irregular de los períodos de descanso obligatorios en los supuestos de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, semanas adicionales por cada hijo a partir del segundo en los nacimientos, adopción o acogimientos múltiples, etc., ya que la existencia de un régimen jurídico adaptado para cada uno de los supuestos se justifica porque el sistema de Seguridad Social es de configuración legal, tal y como ha establecido reiteradamente la doctrina del Tribunal Constitucional. La argumentación expuesta por el INSS se centró en destacar el espíritu de las normas y la voluntad de legislador: el derecho a la prestación por nacimiento y cuidado de menor se ha configurado como un derecho individual, personal e intransferible en el artículo 48 del ET, y ello debido a que la norma

persigue la garantía de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en los ámbitos del empleo y la ocupación, para reducir la brecha salarial consecuencia de la previa disparidad de los permisos de cada progenitor. La Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 6/2019 no deja lugar a dudas, es una normativa creada en el marco de la igualdad de sexos en el ámbito laboral y su naturaleza es finalista. Y, analizada la naturaleza de la Convención sobre los derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, se constata que no existe ninguna justificación para hacer prevalecer el interés del menor sobre el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres.

En esta importante sentencia, el Alto Tribunal estima el recurso del Ministerio Fiscal y señala 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, de existir, no resultaría de una exigencia que derivase ni de la Constitución, ni de ninguna norma de la Unión Europea, ni de ningún acuerdo o tratado internacional ratificado por España. Se alude a la doctrina constitucional según la cual corresponde al legislador determinar el nivel y condiciones de las prestaciones de Seguridad Social o sus modificaciones para adaptarlas a las necesidades del momento.

Afirma rotundamente que hay razones que refuerzan la tesis de que estamos ante una posible ampliación de la protección que el sistema otorga a un determinado colectivo - las familias monoparentales - cuyo alcance e intensidad corresponde determinarlo al legislador, *sin que esta sala - ni ningún otro órgano judicial - pueda adoptar decisiones singularizadas que sustituyan, amplíen o restrinjan la configuración efectuada por el legislador*, mucho menos si tales decisiones pueden potencialmente afectar a la economía del sistema contributivo de protección social. Además de analizar la normativa internacional, de la Unión Europea y nacional, explora la interpretación de las normas desde la perspectiva de género, señalando que tampoco viene al caso, ya que lo que se pide a la Sala “va más allá de interpretar y aplicar el derecho”, lo que se está pidiendo se sitúa en el ámbito de la creación de una nueva prestación.

Todas estas razones conducen al Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en esta sentencia a estimar el recurso y en consecuencia a casar y a anular la sentencia recurrida. Sin embargo, la misma cuenta con un voto particular que formula el magistrado don Ignacio García-Perrote Escartín, al que se adhiere la magistrada doña Rosa María Virolés Piñol, en el que se exponen las razones de su discrepancia, que pivotan fundamentalmente en el interés del menor como “obligada consideración primordial” y en la aplicación de la perspectiva de género, así como que en la mayoría de las sentencias de este orden jurisdiccional se acaba extendiendo la protección del sistema de la Seguridad Social a supuestos no contemplados por su normativa.

La doctrina contenida en esta sentencia ha sido cambiada en sentido radicalmente opuesto por la misma Sala de lo Social del Tribunal Supremo en sentencia de Pleno núm. 118/2025, de 19 de febrero de 2025, dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 878/2022 (ECLI:ES:TS:2025:875), como consecuencia de la sentencia 140/2024, de 6 de noviembre, del Tribunal Constitucional (y las siguientes de este Tribunal núms. 147/2024, 149/2024, 150/2024, 151/2024, de 2 de diciembre, y 155/2024, de 16 de diciembre).

En efecto, la sentencia núm. 118/2025 sienta la siguiente nueva doctrina: la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 140/2024, de 6 de noviembre, ha declarado la

inconstitucionalidad de los artículos 48.4 ET y 177 LGSS en cuanto impiden extender el permiso de nacimiento y cuidado de menor en supuestos de familia monoparental, con lo que ha venido a remover los obstáculos legales en los que se sustentaba la doctrina previa de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Según esta nueva doctrina, pese al amplio margen de libertad en la configuración del sistema de Seguridad Social que la CE reconoce al legislador, sin embargo, una vez configurada una determinada herramienta de protección, su articulación concreta debe respetar las exigencias que se derivan del artículo 14 CE, y, por lo que se refiere a la cuestión suscitada, las derivadas de la prohibición de discriminación por razón de nacimiento expresamente prohibida por este artículo. Y esto, según el Alto Tribunal, es lo que el legislador no hace, al introducir por omisión una diferencia de trato por razón del nacimiento entre niños y niñas nacidos en familias monoparentales y biparentales, que no supera el canon más estricto de razonabilidad y proporcionalidad aplicable en estos casos, al obviar por completo las consecuencias negativas que produce tal medida en los niños y niñas nacidos en familias monoparentales. En su virtud, declara que los arts. 48.4 del ET y 177 de la LGSS, al no prever la posibilidad de que las madres biológicas de familias monoparentales, trabajadoras por cuenta ajena, puedan ampliar su permiso por nacimiento y cuidado de hijo más allá de 16 semanas, disfrutando del permiso y de la correspondiente prestación económica 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 contraria al artículo 14 CE, en relación con el artículo 39 CE, en tanto esos menores podrán disfrutar de un período de cuidado de sus progenitores significativamente inferior a los nacidos en familias biparentales. Es por ello que, en tanto el legislador no lleve a cabo la reforma normativa, en las familias monoparentales el permiso a que hace referencia el artículo 48.4 del ET y la prestación regulada en el artículo 177 LGSS han de ser interpretados en el sentido de adicionarse al permiso del primer párrafo para la madre biológica (16 semanas), el previsto en el segundo para progenitor distinto (10 semanas, al excluirse las seis primeras, que necesariamente deben disfrutarse de forma ininterrumpida e inmediatamente posterior al parto).

La doctrina de esta sentencia ha sido reiterada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en ulteriores y consecutivas sentencias, como (por todas) la sentencia núm. 121/2025, de 21 de febrero, RCU 1562/2023 (ECLI:ES:TS:2025:873), que constituyen jurisprudencia.

IV. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

La segunda Sala en conocer de la interpretación del asunto ha sido la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo. A ella llegó el recurso de casación núm. 5372/2022 interpuesto por una empleada pública, titular de un hogar monoparental, en reclamación de la ampliación del permiso de maternidad de 16 a 24 semanas, con denuncia de discriminación de menor si comparado dicho permiso con el previsto para el modelo de familia biparental, con interpretación del artículo 49 del EBEP, como interés casacional para la formación de jurisprudencia.

En esta ocasión, se trataba de la solicitud de una profesora a la que la Dirección Provincial de Educación de Valladolid había denegado su petición de acumulación de permisos. Ante la concesión de lo pedido por un juzgado de lo contencioso-administrativo, la Sala de este orden jurisdiccional del TSJ de Castilla-León anuló la sentencia de instancia, confirmando

la resolución administrativa. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo resolvió el recurso de casación en su sentencia de 15 de octubre de 2024 (ECLI:ES:TS:2024:4948) estimando el mismo, declarando el derecho de la profesora a 26 semanas por tratarse de una familia monoparental.

Lo sobresaliente de esta sentencia es que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo se adelanta en su interpretación del derecho a la sentencia del Tribunal Constitucional y en sentido opuesto a la doctrina sentada por la Sala de lo Social en su primera sentencia núm. 169/2023, de 2 de marzo. El recurso de casación contencioso se admite ante la controversia existente y la disparidad de sentencias de los TSJ con distintas y opuestas interpretaciones del artículo 49 del EBEP, artículo (recordemos) que regula los permisos de nacimiento de la madre biológica y del progenitor distinto de ésta.

Según esta Sala, con base en el artículo 39.1 CE, que establece que los poderes públicos deben asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento conforme al artículo 14 CE, existe el deber de respetar y garantizar el derecho a la familia con independencia del tipo o modelo familiar de que se trate, pues de lo contrario se produciría una vulneración de estos derechos, al priorizar un modelo sobre otro, y teniendo siempre en cuenta que el interés superior del menor es un principio básico de aplicación en cualquier medida o decisión que afecte a los menores, *pues el tipo de familia no puede determinar una diferencia de trato*, de modo que el nacido en una familia monoparental disfrute del cuidado, atención y protección familiar por un tiempo muy inferior al menor que haya nacido en una familia biparental.

Es de especial relevancia su fundamento de derecho sexto, con valoración del juego de dos intereses protegidos, la igualdad y el interés superior del menor. Afirma la sentencia que “hoy en la caracterización y ordenación de estos permisos convergen una serie de intereses variados, todos dignos de protección, como son, ante todo, la protección de la madre: su salud y bienestar (1); el interés de la familia que exige la presencia de ambos progenitores en las seis primeras semanas con el menor recién nacido, para hacer efectivo el cuidado a los descendientes del artículo 68 del Código Civil, fortaleciendo el vínculo familiar (2); el interés del menor que precisa una constante e intensa protección, atención y cuidados durante los primeros meses de vida (3); la promoción de la igualdad entre los progenitores respecto de los deberes derivados del cuidado de los hijos (4); y, en fin, el favorecimiento y la conciliación familiar y profesional (5)”.

Concluye que, siendo todos los intereses relevantes e igualmente legítimos, “el interés del menor es el que destaca sobre todos ellos, un interés superior que se erige por encima de todos los demás, a los efectos ahora examinados, situándose en un plano destacado y preferente”. La sentencia trae como apoyo a su interpretación, después de hacer repaso de las distintas normas internacionales, comunitarias y nacionales sobre los menores, la regulación de un supuesto de monoparentalidad por fallecimiento de la madre biológica, en el que, conforme al artículo 49.a) párrafo segundo del EBEP, sí se permite que el otro progenitor haga uso de la totalidad del permiso en curso de la madre, permitiendo, según interpretación de la Sala, la suma o adición de dichos permisos.

Según la Sala, “el régimen jurídico del artículo 49 no autoriza, ni impone, ni prohíbe, que al permiso de maternidad pueda añadirse o no el permiso del otro progenitor, excluyendo las seis primeras semanas de descanso obligatorio, que son las posteriores al parto o al hecho

causante y durante las que se solapa la presencia de ambos progenitores en el cuidado del menor”. Por tanto, si la interpretación normativa llevara a declarar para las familias monoparentales que la denegación de la ampliación del permiso es conforme a derecho o por el contrario que no lo es, en ambos casos se estaría haciendo una interpretación integradora de la ley, porque el supuesto de hecho de la norma es únicamente para la familia biparental.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo justifica expresamente el sentido opuesto de su interpretación al de la Sala Cuarta señalando que la presente sentencia se enmarca en el ámbito relativo al régimen estatutario del empleado público, que sitúa al funcionario público en una situación jurídica objetiva, definida legal y reglamentariamente y, por ello, modificable por uno u otro instrumento normativo de acuerdo con los principios de reserva de ley y de legalidad, quedando a resultas de los pronunciamientos de Tribunal Constitucional en relación con las cuestiones de inconstitucionalidad o del legislador en lo relativo a la regulación legal expresa de las familias monoparentales.

V. El Tribunal Constitucional.

Como ya hemos avanzado, el Tribunal Constitucional ha conocido de este asunto por primera vez en su importantísima sentencia 140/2024, de 6 de noviembre, seguida de las núms. 147/2024, 149/2024, 150/2024, 151/2024, de 2 de diciembre, y 155/2024, de 16 de diciembre. Resuelve la cuestión de inconstitucionalidad núm. 6694-2023, promovida por la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña, en relación con el artículo 48.4 del ET, en conexión con el artículo 177 de la LGSS, y su posible colisión con los artículos 14, 39 y 41 CE. Concretamente, lo que se plantea es: *si en los mencionados artículos del ET y la LGSS se discrimina a los menores pertenecientes a familias monoparentales, que podrán recibir un tiempo de cuidado inferior de su único progenitor en relación con los nacidos en una familia biparental, a pesar de tener idénticas necesidades, así como si se discrimina a las mujeres trabajadoras, que encabezan mayoritariamente las familias monoparentales.*

En los hechos enjuiciados, una progenitora monoparental había solicitado la prestación que le correspondía de nacimiento y cuidado de menor por su hija biológica y además la del otro progenitor inexistente. El INSS le había denegado la ampliación de su prestación, pero obtuvo sentencia de 31 de marzo de 2022 del Juzgado de lo Social núm. 34 de Barcelona, favorable a sus intereses, ya que le otorgó el disfrute de 32 semanas de prestación. La representación del INSS interpuso recurso de suplicación y, una vez admitido y sustanciado éste, estando pendiente de dictar sentencia, la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña acordó avocar el conocimiento del recurso de suplicación al Pleno, ante la trascendencia de la cuestión y la existencia de numerosos recursos sobre la misma materia. El Pleno de esta Sala dictó auto de 10 de octubre de 2023 acordando plantear la cuestión de inconstitucionalidad, el cual contó con un voto particular suscrito por un magistrado (al que se adhirieron otros cuatro) en el que se aducía que ya habían recaído al menos dos sentencias del Tribunal Supremo que revocaban en su integridad las dictadas por varios TSJ y que mantenían la plena aplicabilidad del artículo 177 de la LGSS, descartando la existencia de cualquier duda de constitucionalidad o de contradicción con las normas internacionales.

El Tribunal Constitucional en esta importante sentencia, en sus fundamentos jurídicos primero y segundo, analiza y resuelve cuestiones de orden procesal, estimando la petición

de la Fiscalía General del Estado y del Abogado del Estado de excluir el artículo 41 de la CE del parámetro de análisis de constitucionalidad, al no haberse desarrollado en el auto de planteamiento una argumentación específica al respecto.

En su fundamento de derecho tercero hace un repaso a la evolución normativa de la protección por nacimiento y cuidado de menor, destacando que nuestro ordenamiento precedente se caracterizaba por atender principalmente a las necesidades de la trabajadora que hubiese dado a luz, mediante el reconocimiento del derecho a un período de suspensión de la actividad laboral tras el parto, y que tan solo a partir de 2007 y de forma progresiva se comenzó a reconocer el derecho a un período de suspensión de la actividad laboral por razón de nacimiento al padre, no equiparado en su duración al de la madre. Como hitos anteriores, destaca la Ley 3/1989, de 3 de marzo, que permitió por vez primera que la madre trabajadora optara por que el padre trabajador disfrutara de una parte del periodo de suspensión del contrato de trabajo posterior al parto, en concreto, las últimas cuatro semanas, salvo que la reincorporación de la madre supusiera riesgo para su salud. También que, la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, amplió esa posibilidad, permitiendo a la madre trabajadora optar por que el padre trabajador disfrutara de la totalidad del periodo de suspensión del contrato de trabajo que reconocía la ley, salvo las seis semanas posteriores al parto, que se configuraban como un período de suspensión obligatorio para la trabajadora embarazada. Esa modificación legislativa perseguía facilitar “a los hombres el acceso al cuidado del hijo desde el momento de su nacimiento o de su incorporación a la familia”, tal y como reconocía la propia exposición de motivos de la ley. Sin embargo, el derecho a la suspensión del contrato de trabajo con reserva de puesto por razón del parto siguió configurándose esencialmente como un derecho de la madre trabajadora que ésta podía ceder al padre cuando éste también trabajara, con ciertas limitaciones.

El Tribunal Constitucional considera que estas opciones legislativas siempre han sido conformes al texto constitucional, porque la diferencia de trato entre ambos progenitores tenía justificación por la “finalidad primordial” de preservar la salud de la madre trabajadora ante el hecho biológico del parto, haciendo posible esa protección con la conservación de sus derechos laborales (por todas, STC 75/2011, de 19 de mayo, FJ 8).

Posteriormente, la fundamental Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, creó el permiso de paternidad, inicialmente por un período de trece días ininterrumpidos de duración, ampliable en caso de parto múltiple en dos días más por cada hijo o hija a partir del segundo (artículos 48 bis ET y 133 octies LGSS). Este permiso fue sucesivamente ampliado, primero, a cuatro semanas (artículo 1 de la Ley 9/2009, de 6 de octubre) y, después, a cinco semanas (disposición final 38.1 de la Ley 6/2018, de 3 de julio), antes de la modificación introducida por el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo.

Dice el Tribunal Constitucional que en su sentencia núm. 111/2018, de 17 octubre, al pronunciarse sobre la posible lesión del artículo 14 CE que se derivaba del reconocimiento del permiso de paternidad por un período de trece días, y, por tanto, con una duración sustancialmente distinta al del entonces permiso de maternidad (16 semanas), ya se subrayó que el permiso de paternidad persigue “favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, fomentando la corresponsabilidad de madres y padres en el cuidado de los hijos”, en línea con lo que prevé el artículo 39.3 CE (en idéntico sentido, también SSTC 117/2018, de 29 de octubre; 138/2018, de 17 de diciembre, y 2/2019, de 14 de enero).

Señala el Tribunal Constitucional que la modificación introducida por el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, no solo supuso un cambio en la denominación de los anteriores permisos y prestaciones de maternidad y paternidad (ahora permisos por nacimiento y cuidado de menor, que se atribuyen a “la madre biológica” y al “progenitor distintos de la madre biológica”), sino que también determinó la introducción de modificaciones sustantivas en la regulación de los mismos, ya que supuso el reconocimiento del derecho del progenitor distinto a la madre biológica a suspender su contrato de trabajo por razón de nacimiento por un período de tiempo idéntico al de la madre biológica (16 semanas, ampliables en ciertos supuestos, de las cuales son obligatorias las seis semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto), configurándose tal derecho como un *derecho individual, personal e intransferible de ambos trabajadores* (artículo 48.4 LET) y reconociéndose, también respecto de ambos, el derecho a percibir la correspondiente prestación económica de la Seguridad Social (artículo 177 LGSS), cuando se cumpliesen los requisitos de afiliación y cotización legalmente previstos (artículos 165.1 y 178.1 LGSS).

La equiparación del permiso reconocido a la madre biológica y al otro progenitor se hizo de forma progresiva, conforme a los tiempos de la disposición transitoria decimotercera del ET. Y se recalca que, con esta medida, se da “un paso importante en la consecución de la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres, en la promoción de la conciliación de la vida personal (ha de entenderse, laboral) y familiar, y en el principio de corresponsabilidad entre ambos progenitores, elementos esenciales para el cumplimiento del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres en todos los ámbitos.

Destaca, por otra parte, el Tribunal Constitucional aquellas normas que han tenido en cuenta a las familias monoparentales, señalando que la especial consideración de las mismas no ha sido ajena al ordenamiento y afirmando que el legislador ha mostrado una especial sensibilidad en su protección, si bien limitada a supuestos especiales, como la discapacidad del hijo o hija, el nacimiento o adopción múltiples (artículo 48.6 ET) o la prestación económica por nacimiento de carácter no contributivo (artículo 182 LGSS).

En cuanto al permiso de maternidad, el Tribunal Constitucional destaca la sentencia 75/2011, de 19 de mayo, reiterando la finalidad primordial de este permiso, basado en la preservación de “la salud de la madre trabajadora ante un hecho biológico singular, considerando que una reincorporación inmediata de la mujer a su puesto de trabajo tras el alumbramiento puede ser perjudicial para su completa recuperación, y haciendo compatible esa protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora con la conservación de sus derechos profesionales”. Destaca el Tribunal los compromisos internacionales asumidos por nuestro país con la ratificación de diversos tratados que “obligan a adoptar las medidas necesarias para que las trabajadoras embarazadas disfruten de un permiso de maternidad, a fin de proteger la salud de la mujer” (STC 111/2018, de 17 de octubre, FJ 7); obligación a la que dan cumplimiento los arts. 48.4 LET y 177 LGSS. Con relación al permiso de paternidad, el Tribunal analiza que busca “favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, fomentando la corresponsabilidad de madres y padres en el cuidado de los hijos” (STC 111/2018, FJ 7; y, en idéntico sentido, también las SSTC 117/2018, de 29 de octubre; 138/2018, de 17 de diciembre, y 2/2019, de 14 de enero).

Por tanto, según el Tribunal, la distinta finalidad que persiguen los permisos de maternidad y paternidad está bien identificada y esto, unido al hecho de que el establecimiento de un período de suspensión de la actividad laboral por paternidad no venía impuesto por

ninguna norma de derecho internacional o europeo que obligara a nuestro país, llevó a reconocer un margen de decisión mayor al legislador a la hora de regular estos permisos, así como las correspondientes prestaciones de Seguridad Social (STC 111/2018, FJ 8; en idéntico sentido, también SSTC 117/2018, FJ 5; 138/2018, FJ 2, y 2/2019, FJ 6). El Tribunal Constitucional afirma que se ha adoptado 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, y que el legislador español contaba y sigue contando con un margen de decisión amplio a fin de regular los permisos por nacimiento y cuidado de menor que se atribuyen a los progenitores distintos de la madre biológica.

Finalmente, en cuanto a los permisos por nacimiento y cuidado de menor, el Tribunal Constitucional reafirma que la finalidad que persiguen estos permisos tras la última reforma legislativa es múltiple: no solo pretende preservar la salud de la mujer trabajadora ante el hecho biológico singular de la maternidad, sino también garantizar la igualdad de oportunidades de hombres y mujeres en el ámbito laboral por la vía de fomentar la corresponsabilidad en el cuidado de los hijos y facilitar la conciliación de la vida laboral y familiar. *El delicado equilibrio que trata de arbitrar el legislador entre estas finalidades, todas ellas constitucionalmente legítimas, habrá de ser tenido en cuenta a fin de valorar la constitucionalidad de los preceptos que han sido sometidos a su control.*

El Tribunal Constitucional ha dicho en muchas de sus sentencias que, si bien el legislador goza de amplia libertad para modular la acción protectora del sistema de Seguridad Social en atención a las circunstancias socioeconómicas concurrentes en cada momento y a la necesidad de administrar recursos económicos limitados para atender a un gran número de necesidades sociales, sin embargo, en el ejercicio de esa libertad, “está sometido al necesario respeto de los principios constitucionales y, por ende, a las exigencias del principio de igualdad y no discriminación (por todas, las SSTC 61/2013, de 14 de marzo, FJ 6, y 91/2019, de 3 de julio, FJ 6).

Centrándose en la concreta cuestión de si existe discriminación por razón de nacimiento en la familia monoparental, la sentencia parte del derecho a la igualdad de todos los españoles ante la ley, que tiene un carácter relacional, de modo que “su infracción requiere inexcusablemente como presupuesto la existencia de una diferencia de trato entre situaciones sustancialmente iguales, cuya razonabilidad no deberá valorarse con posterioridad” (por todas, SSTC 103/2018, de 4 de octubre, FJ 5, y 92/2024, de 18 de junio, FJ 9 C). Y afirma rotundamente que 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, 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). *La duración e intensidad de la necesidad de atención y cuidado de un recién nacido es la misma con independencia del modelo familiar en el que haya nacido.* Por tanto, la diferencia de trato identificada se produce por uno de los motivos de discriminación que el segundo inciso del artículo 14 CE expresamente prohíbe: discriminación por razón de nacimiento.

El Tribunal Constitucional trae a su sentencia la doctrina sentada en relación con las diferencias de trato entre hijos por razón del origen o la modalidad de filiación, esto es, sobre diferencias de trato entre hijos matrimoniales y nacidos fuera del matrimonio (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), hijos naturales y adoptivos (SSTC 9/2010, de 27 de abril, y 200/2001, de 4 de octubre), e hijos comunes a una pareja respecto de los no comunes (STC 171/2012, de 4 de octubre). Y declara que es plenamente trasladable a las diferencias entre hijos por razón del modelo de familia, biparental o monoparental, en el que hayan nacido: una interpretación sistemática del artículo 14 CE, en relación con el artículo 39.1 CE, determina que la prohibición de discriminación persigue que el contexto que rodea el nacimiento, que nunca depende de la voluntad del nacido sino de la voluntad o las circunstancias de sus progenitores o de cuestiones puramente aleatorias, no traiga un tratamiento diferenciado de la persona.

A mayor abundamiento, se apoya en el artículo 2 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño y en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El primero, porque no solo prohíbe expresamente la discriminación de los niños y niñas por razón de su nacimiento en el ejercicio de los derechos reconocidos en el Convenio, sino que también subraya que éstos no pueden ser discriminados por la condición, las actividades, las opiniones o las creencias de sus padres, lo que incluiría la condición de progenitora única de la madre biológica, en un supuesto como el ahora analizado. La segunda, porque ha interpretado la prohibición de discriminación por razón de nacimiento en el sentido de incluir no solo diferencias de trato por razón de la modalidad de filiación (SSTEDH de 13 de junio de 1979, asunto Marckx c. Bélgica, y de 7 de febrero de 2013, asunto Fabris c. Francia), sino también otras diferencias de trato relacionadas con las circunstancias que rodearon el nacimiento, como, por ejemplo, la fecha en que este se produjo (STEDH de 13 de octubre de 2022, asunto Zeggai c. Francia)

La sentencia desestima tanto los argumentos de la Fiscalía General del Estado, como los de la Abogacía del Estado y del Letrado de la Administración de la Seguridad Social. Las partes defensoras de la constitucionalidad de las normas indicaban que las mismas perseguían, además de la conciliación de la vida laboral y familiar y la promoción de la corresponsabilidad en el cuidado de los hijos, la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres en todos los ámbitos. Sin embargo, el TC indica que la justificación de la omisión de la regulación de las familias monoparentales no puede hallarse en la voluntad del legislador de fomentar la corresponsabilidad en el cuidado de los hijos en tanto que en las familias monoparentales la corresponsabilidad no es sino *una quimera*, al no existir un segundo progenitor con el que poder compartir las tareas de cuidado y atención. Tampoco puede justificarse tal omisión en la voluntad del legislador de fomentar la conciliación de la vida familiar y laboral, en tanto parece indiscutible que los progenitores de familias monoparentales tienen, al menos, las mismas necesidades de conciliación que los de las familias biparentales y, a pesar de ello, las normas enjuiciadas les ofrecen posibilidades distintas de hacerlo.

El Tribunal Constitucional cierra sus argumentos con dos reflexiones más. La primera es que ninguna explicación concreta aportan la Fiscalía General del Estado, la Abogacía del Estado y el Letrado de la Administración de la Seguridad Social a fin de justificar la más que evidente desproporción entre los beneficios que supuestamente perseguiría la omisión enjuiciada y las consecuencias que de ella se derivan para los niños y niñas nacidos en familias monoparentales, que ven sustancialmente reducido el tiempo de cuidado que reciben de sus progenitores respecto de los nacidos en familias biparentales. La segunda es que hay que tener en cuenta que los menores son uno de los principales beneficiarios

de las normas cuestionadas y que los datos con que cuentan apuntan a la especial vulnerabilidad de los niños y niñas nacidos en familias monoparentales.

La conclusión del Tribunal es que la diferencia de trato por razón del nacimiento entre niños y niñas nacidos en familias monoparentales y biparentales *no supera el canon más estricto de razonabilidad y proporcionalidad* aplicable en estos casos, al obviar por completo las consecuencias negativas que produce tal medida en los niños y niñas nacidos en familias monoparentales. En consecuencia, estima la cuestión de inconstitucionalidad y declara que los artículos 48.4 ET y 177 LGSS, al no prever la posibilidad de que las madres biológicas de familias monoparentales trabajadoras por cuenta ajena puedan ampliar su permiso por nacimiento y cuidado de hijo o hija más allá de 16 semanas, disfrutando del permiso y la correlativa prestación económica 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 contraria al art. 14 CE, en relación con el art. 39 CE. Ahora bien, en su fundamento jurídico séptimo, señala el Tribunal Constitucional que *esta declaración de inconstitucionalidad no implica la declaración de nulidad de los artículos 48.4 ET y 177 LGSS* y que corresponde al legislador modificar dichos artículos para reparar las vulneraciones constatadas. Mientras estas modificaciones se llevan a cabo, la interpretación que debe hacerse de los mencionados artículos es que en las familias monoparentales debe adicionarse al permiso para la madre biológica (16 semanas), el previsto para progenitor distinto (10 semanas, al excluirse las seis primeras que son obligatorias después del parto). Sin embargo, declara situaciones consolidadas y no susceptibles de revisión aquellas que, a la fecha de dictarse la sentencia del Tribunal Constitucional, hayan sido decididas definitivamente mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada (artículo 40.1 LOTC) o mediante resolución administrativa firme (STC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 11), así como aquellas respecto de las que no se haya presentado la correspondiente solicitud.

Esta sentencia del Tribunal Constitucional cuenta con dos votos particulares, que ponen de relieve que la premisa de partida del razonamiento de la sentencia es incorrecta y que desconoce la real finalidad de las normas enjuiciadas, erigiéndose el Tribunal en legislador de un derecho nuevo.

El primero es el del magistrado don Ramón Sáez Valcárcel, que se centra en analizar si hay o no desigualdad entre las situaciones comparadas. Señala que la piedra basilar de la sentencia es la consideración de que el permiso (y la correspondiente prestación) por nacimiento y cuidado de menor es un mecanismo de protección del hijo de la trabajadora o del trabajador, niño o niña, que se erige así en *tertium comparationis*. Desde esta perspectiva se aprecia una diferencia de trato que supondría un supuesto de discriminación por nacimiento carente de justificación. Entiende, sin embargo, que la premisa de partida de dicho razonamiento es incorrecta, por desconocer el objeto y contenido de las normas controvertidas, así como su finalidad tuitiva. Lo que regulan los artículos 48.4 ET y 177 LGSS no son derechos del hijo o hija sino derechos estrictamente individuales e intransferibles de la trabajadora o trabajador por cuenta ajena (cualquiera que sea su sexo), por más que se reconozcan y ejerzan con motivo del nacimiento de un hijo. Derechos que se condicionan al cumplimiento de determinados requisitos de alta y cotización, así como a la no realización de otro trabajo por cuenta propia o ajena (artículo 180 LGSS), y cuya cuantía depende de las bases de cotización del interesado (artículo 179 LGSS). Es éste el objeto normativo específico de los artículos 48.4 ET y 177 LGSS, y no la

regulación de un mecanismo de protección del menor. En suma, el artículo 48.4 ET, atendiendo a su contenido, a la intención declarada del legislador y a la doctrina constitucional previa, tiene por finalidad primordial garantizar, además de la salud de la madre biológica trabajadora ante el hecho singular del parto, su indemnidad laboral (STC 75/2011, de 19 de mayo, FJ 8) y su igualdad en el empleo y la ocupación con respecto al padre trabajador (Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo).

El segundo voto particular es del magistrado don Enrique Arnaldo Alcubilla y la magistrada doña Concepción Espejel Jorquera. El mismo se centra en el alcance del fallo que sitúa de hecho al Tribunal Constitucional en una posición de colegislador que no le corresponde en modo alguno, pues lo que hace la sentencia es ampliar el permiso de maternidad de las madres biológicas en el caso de familias monoparentales, lo que, obviamente, por más que pueda juzgarse deseable, no es una tarea que le competa. Señalan que si todos los poderes públicos, y muy particularmente el legislativo, están siempre obligados a respetar escrupulosamente lo resuelto por el Tribunal Constitucional (artículo 87.1 LOTC), 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”. Ello es una consecuencia obligada del principio constitucional de separación de poderes, consustancial a nuestro Estado Social y Democrático de Derecho (artículo 1.1 CE), como han recordado las SSTC 48/2001, de 26 de febrero, FJ 4; 48/2003, de 12 de marzo, FJ 7; 124/2018, de 14 de noviembre, FJ 6; y 70/2022, de 2 de julio, FJ 5, que se encuentra estrechamente vinculado a las previsiones del artículo 66.2 CE, conforme al cual las Cortes Generales ejercen la potestad legislativa del Estado, así como del art. 97 CE y del art. 117 CE, y que busca garantizar el equilibrio justo entre poderes públicos, evitando su concentración y con ello potenciales abusos, haciendo posible la aplicación de las técnicas de relación y control entre quienes ejercen legítimamente los distintos poderes y favoreciendo así la eficaz protección de los derechos y libertades de los ciudadanos.

Llegados hasta aquí, esta sentencia del Tribunal Constitucional, que afirma que esta declaración de inconstitucionalidad no implica la declaración de nulidad de los artículos 48.4 ET y 177 LGSS, posiciona en una situación muy difícil a las entidades gestoras de las prestaciones económicas de Seguridad Social y de Clases Pasivas para poder ejecutar su fallo. En especial, porque la sentencia no afronta otros aspectos de la regulación del permiso contemplados en el art. 48.4 ET, en concreto, el mandato legal de que la suspensión del contrato se produzca antes de que el hijo o la hija cumpla doce meses, esto es, antes de que transcurra un año desde el parto o desde la resolución judicial por la que se constituya la adopción o la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento.

A partir de ahí, se abren distintas posibilidades de ejecución en tanto en cuanto no se acometa la reforma normativa por el legislador, pero todas ellas presentan problemas de legalidad y de acomodo entre los permisos y la prestación económica. Entonces, ¿cómo proceder? Si se deniegan las solicitudes de acumulación de la prestación de los permisos una vez que el menor ha cumplido doce meses se estaría incumpliendo la sentencia del Tribunal Constitucional. Por otro lado, tampoco parece posible abonar la prestación económica desacoplada de su correspondiente permiso, ya que estaríamos ante una especie de indemnización poco ajustada a la doctrina constitucional, que prima el tiempo de cuidado del menor por encima del aspecto económico. Por último, reconocer la

prestación condicionada a que se lleve a cabo la suspensión de la actividad laboral, aun fuera del límite temporal, tiene implicaciones en la relación laboral y no es una solución acorde a la norma aplicable, aunque sí sería respetuosa con la doctrina constitucional.

La entidad gestora ha presentado ante el Tribunal Constitucional un incidente de ejecución solicitando de este Tribunal la indicación de la manera correcta de proceder a aplicar su doctrina, habiéndose desestimado por falta de presupuesto formal necesario y previo para la apertura del incidente de ejecución. Esto es, el Tribunal exige que concurra el presupuesto formal de que exista una actuación previa del INSS tendente a la ejecución de la sentencia constitucional correspondiente, respecto de la que se pueda plantear dentro de un incidente de ejecución una controversia entre quienes fueron parte en el procedimiento constitucional sobre si implica una contravención o el incumplimiento total o parcial de lo dispuesto en las resoluciones del Tribunal. Es decir, entidad gestora, ejecute – bien o mal – y luego plantéese la controversia en un incidente de ejecución.

Por tanto, hasta el momento de cierre de este artículo, estamos en una suerte de tablas ajedrecísticas en la forma de llevar a cabo la ejecución de la sentencia del Tribunal Constitucional, puesto que éste no indica la forma de hacerla y la entidad gestora se enfrenta a la elección de entre varias posibles opciones que presentan todas ellas problemas de legalidad y de desajuste entre el permiso y la prestación económica.

VII. Valoración final. El principio de igualdad de género *versus* la protección del superior interés del menor.

Tras el análisis de todo lo actuado en la jurisdicción social, contencioso-administrativa y constitucional, podemos emitir las siguientes reflexiones personales como valoración final del presente estudio.

El telón de fondo de la conflictividad judicial y constitucional sobre la petición de las familias monoparentales de ampliar el permiso parental y la correlativa prestación de nacimiento y cuidado de menor, sumando los correspondientes a dos progenitores siendo uno inexistente, ha supuesto una llamada de atención al legislador sobre la falta de protección de un modelo de familia, la monoparental, que, pese a haber existido siempre, en los últimos tiempos, con los profundos cambios sociales y económicos acaecidos en esta década, ha observado un crecimiento exponencial.

En puridad, consideramos que no ha existido ni existe vacío legal en torno a la cuestión de si las familias monoparentales pueden acumular los permisos parentales de dos progenitores. Al contrario, constatamos en la normativa vigente la voluntad del legislador de no permitirlo, ya que la finalidad de la regulación de estos permisos ha sido la de igualarlos sin distinción del sexo del progenitor, para cerrar brechas de género y avanzar en la igualdad real de mujeres y hombres en el mundo laboral y en el ámbito de las pensiones de Seguridad Social

Según el IV Índice de del Clúster ClosinGap, de cuantificación del impacto de las distintas brechas de género en el PIB español (con cinco indicadores: empleo, educación, conciliación, salud y bienestar y digitalización), el Índice ha ido evolucionando hasta situarse en el 64,9%, quedando un 35,1% de la brecha de género por cerrar, lo que se conseguiría, al ritmo actual, en 2063. En términos del impacto económico, los indicadores demuestran que el coste de las desigualdades entre mujeres y hombres supone un efecto

negativo de 213.013 millones de euros, el equivalente a 15,8% del PIB de 2022¹⁰. Con los avances normativos y sociales en España, según este Índice, el indicador de empleo ha seguido una tendencia creciente y la categoría de conciliación muestra una tendencia favorable, debido a la disminución en términos relativos de la inactividad de las mujeres por realizar tareas del hogar y en la tasa de parcialidad por razones de conciliación.

El otorgamiento de la acumulación de los permisos de nacimiento de menor y su prestación por parte del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo ha pivotado únicamente en el superior interés del menor y en la no discriminación de niñas y niños en función del modelo de familia (monoparental o biparental), obviándose en todo el discurso jurídico el principio de igualdad de género y sus consecuencias en el ámbito laboral y de Seguridad Social. Esto ha traído consigo, lo que denominamos, una disfunción jurídica, o, coloquialmente, un cambio de timón, haciéndose un estiramiento, por vía interpretativa, de la norma hacia una finalidad que no es la que quiso el legislador en la equiparación de los permisos parentales. Recordemos que, como señala el artículo 48 ET, el permiso parental por nacimiento “es individual de la persona trabajadora sin que pueda transferirse su ejercicio al otro progenitor”.

Con un 10,4% de hogares monoparentales en España, y tendencia creciente, este cambio estructural de nuestra sociedad ha puesto al descubierto toda una serie de debilidades institucionales en relación con la protección de este modelo de familia. Las familias monoparentales, con una sola persona progenitora abastecedora, tienen un riesgo de pobreza y de exclusión social alto, al tener mayor dificultad en la consecución de los mismos rendimientos económicos que en otros modelos y en la conciliación de la vida familiar, lo que se traduce en un aumento muy significativo de la desigualdad. Es pues acuciante que legislativamente se dé carta de naturaleza a este modelo familiar, dotándoles de un reconocimiento autónomo, empezando por su propio concepto y siguiendo por su régimen jurídico y de protección.

La vía interpretativa utilizada por nuestros Tribunales para ensanchar jurídica y constitucionalmente las costuras del “traje” normativo de las familias monoparentales va a conllevar una serie de consecuencias indeseadas, que podemos enumerar, de manera no exhaustiva, en las siguientes:

- El Tribunal Constitucional se ha convertido con esta sentencia en una suerte de legislador, lo que es contrario a la división de poderes de nuestro Estado de Derecho. Así se ha dejado expuesto con meridiana claridad en los votos particulares de la sentencia 140/2024, de 6 de noviembre. En tanto en cuanto el legislador ordinario no acometa la modificación de las normas, la ejecución de la doctrina constitucional plantea innumerables dificultades, ya que, en los supuestos fácticos de la totalidad de las sentencias dictadas, los menores tienen ya más de 12 meses y todas las vías de cumplimiento presentan problemas de legalidad y de acomodo entre los permisos y la prestación económica.
- La acumulación de dos permisos parentales por una sola persona (sin estudio de sus requisitos e impacto en el sistema de Seguridad Social) abre brechas normativas de desigualdad con las familias biparentales, prohibidas por las mismas normas constitucionales que han servido para su reconocimiento. Para empezar, la prestación de nacimiento y cuidado de menor es de naturaleza contributiva, por lo que, al

¹⁰ <https://closingap.com/que-hacemos/indice-closingap/iv-indice-closingap/>

reconocer a una sola persona dos prestaciones que en realidad deberían corresponder a dos beneficiarios, se estaría duplicando un derecho, con la consiguiente desigualdad para las familias biparentales, en las que cada progenitor, si cumple los requisitos legales, tiene una sola prestación no dos. Siguiendo con la naturaleza contributiva de la prestación de nacimiento y cuidado de menor, debiéramos también preguntarnos si, en el caso de una familia con dos progenitores en la que el progenitor distinto de la madre biológica no cumpliera con el requisito de cotización, se desplazaría su permiso a ésta en aras del superior interés de menor. A la postre, si el objetivo es el cuidado del menor, también cabría preguntarse si se habría de modificar la forma de disfrutar el permiso del progenitor distinto de la madre biológica (en las familias biparentales) para que no se solaparan, puesto que esta situación también mermaría meses de cuidado al menor.

- Ya hemos repasado las estadísticas del modelo de hogar monoparental, las cuales nos dicen que el 81,4% de los hogares está compuesto de mujeres con menores a su cargo. En ninguna de las sentencias examinadas se ha hecho la más mínima referencia o estudio a la igualdad de género y la estructural desigualdad que las mujeres arrastran históricamente. Pivotar la interpretación jurídica exclusivamente en la igualdad de los menores supone que, en la opción entre dos discriminaciones, la de las mujeres y su desigualdad estructural y la de los menores y su comparativa en los modelos familiares, se da preferencia a la segunda, lo cual es cuestionable si miramos con perspectiva de género, puesto que, a peor condición de la mujer titular del hogar monoparental, peor situación de los menores a su cargo, justo lo contrario a la finalidad que persigue el Tribunal Constitucional.

Como reflexión final diremos que, aun entendiendo la intención del Tribunal Constitucional, optando por proteger el interés que parece más vulnerable y merecedor de protección, no compartimos su fundamentación jurídica ni la solución a la que llega, que nos parece cortoplacista, dicho sea, en términos respetuosos de análisis jurídico. La plena consecución de la igualdad de mujeres y hombres, aun habiendo dado, sin duda, un paso decisivo, todavía no se ha conseguido. La discriminación salarial, la discriminación en las pensiones de viudedad, el mayor desempleo femenino, la todavía escasa presencia de las mujeres en puestos de responsabilidad política, social, cultural y económica, los problemas de conciliación entre la vida personal, laboral y familiar, y, no digamos ya, el gran problema de la constante violencia de género, nos evidencian que la igualdad plena, efectiva entre mujeres y hombres, aquella “perfecta igualdad que no admitiera poder ni privilegio para unos ni incapacidad para otros”, en palabras escritas por John Stuart Mill hace casi 140 años, es todavía hoy una tarea pendiente.

El desplazamiento del bien jurídico protegido de la igualdad de género entre mujeres y hombres a la igualdad de los menores según su filiación trae indefectiblemente una consecuencia indeseada y perversa: la vuelta a la desigualdad de los permisos entre madres monoparentales y biparentales, que va a traer a las primeras muchas dificultades para el acceso y mantenimiento en condiciones de igualdad en el mercado laboral, justo lo contrario de lo que se perseguía con el Real Decreto-ley 19/2019. Esta situación va a acrecentar a su vez la situación de vulnerabilidad de las madres monoparentales que va a repercutir en los menores a su cargo, justo el bien jurídico superior que se trata de proteger.

Concluimos pues que es urgente que se acometa por el legislador la regulación de los hogares monoparentales de manera completa, tanto en su concepto como en sus

derechos y beneficios, ponderando en su justo equilibrio todos los intereses a proteger y aplicando en el diseño de su política la perspectiva de género.
