Derecho de las madres biológicas de familias monoparentales a la ampliación del permiso por nacimiento y cuidado de menor para poder disfrutar del que le hubiera correspondido al otro progenitor.

Belén García Romero

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia

Resumen: *El Pleno del Tribunal Constitucional declara inconstitucional la regulación legal de los permisos por nacimiento y cuidado de menor, considerando que provoca una discriminación por razón del nacimiento en los casos de familia monoparental y reconoce el derecho de las madres biológicas a ampliar su permiso y a disfrutar del que hubiera correspondido al otro progenitor.*

Palabras clave: *Familia monoparental. Permiso por nacimiento y cuidado de menor. Igualdad de trato y no discriminación por razón de sexo. Protección a la familia y a la infancia. Discriminación por razón de nacimiento*

Abstract: *The Plenary Session of the Constitutional Court has declared the legal regulation of leave for the birth and care of a child to be unconstitutional, considering that it causes discrimination based on the birth parent in cases of single-parent families and recognises the right of biological mothers to extend their leave and enjoy the leave that would have corresponded to the other parent.*

Keywords: *Single-parent families. Leave for the birth and care of a child. Equal treatment and non-discrimination on the grounds of sex. Protection of the family and of children. Discrimination on grounds of birth.*

I. Introducción

La sentencia comentada tiene gran relevancia jurídica y virtualidad práctica y, sin duda, obligará al legislador a dar una respuesta urgente para garantizar una protección específica a las familias monoparentales ante el hecho del nacimiento de sus hijos y cubrir el actual vacío normativo y, de paso, atajar la inseguridad jurídica resultante de la disparidad de interpretaciones judiciales que se están sucediendo.

En la presente sentencia, el Tribunal Constitucional (TC) resuelve una cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña respecto de los artículos 48.4 ET y 177 LGSS por posible vulneración de los artículos 14, 39 y 41 CE, por entender que la inferior duración de la prestación por nacimiento y cuidado del menor comporta un trato discriminatorio tanto para el menor como para la madre biológica de una familia monoparental.

Si bien dicha interpretación ya había sido descartada por el Pleno de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, en su STS 169/2023, de 2 de marzo (ECLI:TS:2023:783) ^[1], dictada en unificación de doctrina, en la que terminó rechazando la solicitud de ampliación de prestaciones en el caso de familia monoparental, ahora, el máximo

intérprete de la Constitución, resuelve la controversia suscitada de forma opuesta a la Sala IV del Tribunal Supremo y, también en contra del criterio sostenido por la Abogacía del Estado, la Fiscalía General del Estado y por la Administración de la Seguridad Social, y declara inconstitucional, por insuficiencia normativa, pero sin declaración de nulidad, el precepto estatutario que regula la suspensión del contrato por nacimiento y cuidado de menor y el artículo de la Ley General de la Seguridad Social que ordena la correspondiente prestación de la Seguridad Social.

En dicha sentencia, dictada en el Pleno del Tribunal Constitucional, se hace un gran esfuerzo argumentativo para tratar de justificar el fallo, exponiendo su doctrina acerca de la finalidad de los previos permisos de maternidad y paternidad y de la relativa a los vigentes permisos por nacimiento y cuidado del menor, así como sobre la diferencia de trato basada en el nacimiento en familia monoparental.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia

Órgano judicial: Tribunal Constitucional (Pleno)

Número de resolución judicial y fecha: STC 140/2024, de 6 de noviembre 2024.

Tipo y número recurso o procedimiento: Cuestión de inconstitucionalidad núm. 6694-2023.

ECLI:ES:TC:2024:140.

Fuente: BOE núm. 294, de 6 de diciembre de 2024.

Ponente: Excma. Sra. doña María Luisa Segoviano Astaburuaga.

Votos Particulares: cuenta con dos votos particulares.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. Objeto de la cuestión de inconstitucionalidad

La presente cuestión de inconstitucionalidad está promovida por la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña, y se plantea respecto del artículo 48, apartados 4, 5 y 6 del Estatuto de los Trabajadores (ET), en conexión con el artículo 177 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), en la redacción dada a ambos por el Real Decreto Ley 6/2029, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

La Sala argumenta que las previsiones legales cuestionadas supondrían un trato discriminatorio hacia el menor perteneciente a una familia monoparental, ya que implican que tendrá derecho a recibir cuidados por parte de sus progenitores por un tiempo inferior al que puede disfrutar el nacido en una familia biparental, a pesar de que tiene necesidades idénticas. Esto podría colisionar con el obligado respeto del interés superior del menor, vulnerando lo dispuesto en los artículos 14, 39 y 41 CE, el art. 10.2 CE 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, y el art. 2.4 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

Pero, además, la Sala de los Social del TSJ de Cataluña, entiende que, pese al carácter neutro de los preceptos cuestionados, también se produciría una discriminación indirecta por razón de sexo, ya que el impacto negativo y desfavorable de esa regulación incidiría de manera más intensa sobre las mujeres trabajadoras, que encabezan mayoritariamente las familias monoparentales. Esto infringiría el 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.

2. Cuestiones previas

Antes de entrar en el fondo, el TC resuelve varias cuestiones preliminares.

Así, en primer lugar, rechaza los óbices de procedibilidad planteados por las partes interesadas (la Administración de la Seguridad Social, la Abogacía del Estado y la Fiscalía General del Estado), así como las alegaciones de la Fiscalía General del Estado acerca de la falta de aplicación del art. 48.4 ET en el proceso *a quo* y a la defectuosa formulación de los juicios de aplicabilidad y relevancia.

Finalmente, el Tribunal Constitucional acota el objeto de su enjuiciamiento al artículo 48. 4 ET (descartando la aplicación al caso concreto de los apartados 5 y 6, pese a aparecer citados por la cuestión de inconstitucionalidad), en relación con el artículo 177 LGSS.

IV. Posición de las partes

- Abogacía del estado

En representación del Gobierno de la Nación, se personó en el procedimiento e interesó la desestimación de la cuestión, con base a las siguientes alegaciones:

- Corresponde al legislador determinar el nivel y condiciones de las prestaciones de la seguridad social para adaptarlas a las necesidades del momento. Por ello, la posible ampliación de la protección que el sistema otorga a las familias monoparentales debe determinarse por el legislador.
- En relación con el principio de igualdad, vinculado a la discriminación de las familias monoparentales en relación con las biparentales y al interés superior del menor, la Abogacía del Estado recuerda la doctrina aplicable y concluye que la normativa cuestionada la respeta.

A este respecto empieza señalando que la diferencia de trato está fundamentada en la existencia o no de un contrato de trabajo y en la correspondiente cotización a la Seguridad Social. La ampliación de la duración de la suspensión del contrato en las familias monoparentales no respondería a la finalidad de la reforma llevada a cabo por el Real Decreto Ley 6/2019.

- Pese a la importancia que debe atribuirse al interés superior del menor, considera que los permisos atribuidos a familias monoparentales se sustentan en su relación laboral, lo que forzosamente ha de introducir una limitación a la extensión del permiso de la familia monoparental, en relación con las biparentales. Y termina refiriéndose a la STS 169/2023, de 2 de marzo, en la que se afirma que el interés superior del menor está presente en toda la regulación de la prestación por nacimiento y cuidado de menor, pero que no es el único fin al que ha de atenderse. Así, el legislador ha prestado también especial atención al principio de igualdad entre hombres y mujeres al confeccionar una normativa que tiene como finalidad lograr la corresponsabilidad entre ambos progenitores en el cuidado del menor. En atención a todo ello, ha ponderado los intereses en juego en la forma que ha estimado más oportuna en función de los recursos financieros disponibles y de las necesidades que tiene que atender.
- Fiscalía General del Estado

En relación con el derecho a la suspensión del contrato de trabajo por nacimiento y cuidado de menor, para la Fiscalía General del Estado, la duda de constitucionalidad proviene de que ninguno de los apartados del artículo 48 ET establece una regulación específica para el progenitor de las familias monoparentales que suponga una ampliación de la prestación contributiva del art. 177 LGSS. Por lo tanto, lo que subyace es un supuesto de inconstitucionalidad por omisión. Con cita en la STS

169/2023, de 2 de marzo, la interpretación que sería necesaria para completar la supuesta laguna causante de inconstitucionalidad supondría crear una nueva prestación contributiva en favor de los progenitores de familias monoparentales, lo que supondría invadir competencias atribuidas al legislador.

Por lo que se refiere a la discriminación por razón de sexo, señala que, si nos ceñimos estrictamente al derecho del progenitor gestante, las madres de familias biparentales solo tienen derecho a cuidar de los hijos durante dieciséis semanas, sin que puedan añadir las dieciséis correspondientes al otro progenitor, ni siquiera en el caso de que el mismo no tenga derecho a la suspensión del contrato o no tenga derecho a la prestación económica.

A continuación, alerta contra los riesgos de las medidas de protección de las mujeres, incluso en el caso de que encabecen en su mayoría familias monoparentales, ya que pueden perpetuar los roles de género y convertirse en un obstáculo para la integración de estas mujeres en el mundo laboral.

Concluye declarando que no cabe considerar que el artículo 48.4 ET en relación con el art. 177 LGSS sea contrario a la CE.

- INSS y TGSS

En nombre del INSS y de la TGSS, el letrado de la Administración de la Seguridad Social formuló las siguientes alegaciones:

- En primer lugar, señala que la providencia parte de un planteamiento erróneo, puesto que no puede afirmarse que, con carácter general, la prestación vaya a tener una duración de treinta y dos semanas, al depender de una serie de requisitos que no siempre concurrirán, por lo que, en este punto la cuestión de inconstitucionalidad es infundada.
- De otro lado, argumenta que no hay discriminación de los menores nacidos en familias biparentales y monoparentales, ya que las situaciones que se comparan son diferentes. El derecho discutido corresponde al segundo progenitor y no al hijo. Tiene el propósito de lograr un reparto equitativo de las cargas familiares, e indirectamente, evitar un distinto trato laboral entre hombres y mujeres. Dado que su fin es facilitar la conciliación de la vida personal y familiar y proteger las especiales relaciones del segundo progenitor con el hijo, estas finalidades solo pueden cumplirse si existe un segundo progenitor y no pueden ser suplidas por la madre biológica.
- Otro argumento en contra de la ampliación es que, en caso de fallecimiento del hijo, no se reduce el periodo de suspensión del contrato, por lo que la finalidad de la norma no es la atención del menor, sino la efectiva igualdad de derechos entre ambos progenitores.
- Finaliza subrayando que el trato otorgado a las familias monoparentales en el disfrute de los permisos y prestaciones por nacimiento y cuidado de menor ha sido debidamente valorado por el legislador, de modo que no se aprecia ninguna de las vulneraciones denunciadas.

V. Normativa aplicable al caso

La cuestión de inconstitucionalidad se plantea acerca del artículo 48.4 ET, en relación con el art. 177 LGSS.

- Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo 2/2025, de 23 de octubre). Artículo 48. Suspensión con reserva de puesto de trabajo:

“4. El nacimiento, que comprende el parto y el cuidado de menor de doce meses, suspenderá el contrato de trabajo de la madre biológica durante dieciséis semanas, de las cuales serán obligatorias las seis semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto, que habrán de disfrutarse a jornada completa, para asegurar la protección de la salud de la madre.

El nacimiento suspenderá el contrato de trabajo del progenitor distinto de la madre biológica durante dieciséis semanas, de las cuales serán obligatorias las seis semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto, que habrán de disfrutarse a jornada completa, para el cumplimiento de los deberes de cuidado previstos en el artículo 68 del Código civil.

[...]

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.

La suspensión del contrato de cada uno de los progenitores por el cuidado de menor, una vez transcurridas las primeras seis semanas inmediatamente posteriores al parto, podrá distribuirse a voluntad de aquellos, en periodos semanales a disfrutar de forma acumulada o interrumpida y ejercitarse desde la finalización de la suspensión obligatoria posterior al parto hasta que el hijo o la hija cumpla doce meses. No obstante, la madre biológica podrá anticipar su ejercicio hasta cuatro semanas antes de la fecha previsible del parto. El disfrute de cada período semanal o, en su caso, de la acumulación de dichos periodos, deberá comunicarse a la empresa con una antelación mínima de quince días.

Este derecho es individual de la persona trabajadora sin que pueda transferirse su ejercicio al otro progenitor.

La suspensión del contrato de trabajo, transcurridas las primeras seis semanas inmediatamente posteriores al parto, podrá disfrutarse en régimen de jornada completa o de jornada parcial, previo acuerdo entre la empresa y la persona trabajadora, y conforme se determine reglamentariamente.

La persona trabajadora deberá comunicar a la empresa, con una antelación mínima de quince días, el ejercicio de este derecho en los términos establecidos, en su caso, en los convenios colectivos. Cuando los dos progenitores que ejerzan este derecho trabajen para la misma empresa, la dirección empresarial podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones fundadas y objetivas, debidamente motivadas por escrito”.

- Ley General de la Seguridad Social (Real Decreto Legislativo 8/2025, de 30 octubre). Artículo 177. Situaciones protegidas:

“A efectos de la prestación por nacimiento y cuidado de menor prevista en esta sección, se consideran situaciones protegidas el nacimiento, la adopción, la guarda con fines de adopción y el acogimiento familiar, de conformidad con el Código civil o las leyes civiles de las comunidades autónomas que lo regulen, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año, durante los periodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en los apartados 4, 5 y 6 del artículo 48 del texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores, y en el artículo 49 a), b) y c) del texto refundido de la Ley del estatuto básico del empleado público”.

VI. Doctrina básica

En la sentencia comentada, el Tribunal Constitucional comienza su análisis de fondo recordando su jurisprudencia relativa a las obligaciones que se imponen al legislador en relación con el reconocimiento de este tipo de permisos y prestaciones, así como de las finalidades que estos persiguen. A este respecto, revisa su doctrina relativa a los anteriores permisos de maternidad y de paternidad, subrayando las diferencias entre ambos, no sólo por razón de la finalidad que persiguen, sino también por razón de los compromisos internacionales asumidos por nuestro Estado en esa materia y las obligaciones que las normas internacionales imponen al legislador. A continuación, examina la doctrina aplicable a los vigentes permisos por nacimiento y

cuidado del menor, así como su jurisprudencia sobre el principio de igualdad y las causas de discriminación prohibidas.

- Doctrina constitucional relativa a los permisos de maternidad

En relación con la regulación anterior a la reforma operada por el RDL 6/2019, el Tribunal Constitucional tuvo la ocasión de señalar que, si bien la finalidad perseguida por la norma era múltiple, el propósito primordial era la preservación de la salud de la madre trabajadora ante un hecho biológico singular, en particular el período de descanso obligatorio (SSTC 111/2018, de 17 de octubre, FJ 6; 214/2006, de 3 de julio, FJ 6), mientras que el resto de su duración estaría más orientada a objetivos relacionados con la atención del recién nacido (STC 214/2006, de 3 de julio, FJ 6).

- Doctrina constitucional relativa a los permisos de paternidad

Para el Tribunal Constitucional, el reconocimiento de los permisos de paternidad buscaba “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, de 17 de octubre, FJ 7; 117/2018, de 29 de octubre; 138/2018, de 17 de diciembre, y 2/2029, de 14 de enero).

Considera que el legislador español sigue contando con un amplio margen de decisión a la hora de regular los permisos por nacimiento de hijo, que se atribuyen a los progenitores distintos de la madre biológica, y ello, incluso tras la adopción 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 adoptantes, cuyo artículo 4 reconoce ahora por primera vez a los padres- o a los segundos progenitores- un permiso de diez días laborales con ocasión del nacimiento de su hijo.

- Doctrina constitucional relativa a los permisos por nacimiento y cuidado del menor

El Tribunal Constitucional considera plenamente aplicable su anterior jurisprudencia referida a los permisos de maternidad y paternidad a los actuales permisos por nacimiento y cuidado del menor. En estos últimos está también presente la doble finalidad tuitiva de protección de la salud de la madre y de atención al recién nacido y de protección de las especiales relaciones que se crean entre este y sus progenitores.

Ahora bien, el Real Decreto Ley 6/2019, de 1 de marzo, introduce una finalidad adicional entre las perseguidas por el legislador al equiparar los permisos de ambos progenitores. Con ello, persigue el objetivo de situar en pie de igualdad a hombres y mujeres en el ámbito laboral, arbitrando mecanismos destinados a facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral de ambos progenitores y a la promoción de la corresponsabilidad en la asunción de las tareas de cuidado de los hijos, estimulando cambios en la cultura familiar que eviten que las mujeres trabajadoras sufran mayores dificultades para su inserción laboral, su permanencia y su promoción en el empleo por el hecho de la maternidad.

VII. Parte dispositiva

En el Fallo de la sentencia se hace constar que el Tribunal Constitucional “*ha decidido estimar la presente cuestión de inconstitucionalidad núm. 6694-2023 y, en consecuencia, declarar inconstitucionales los arts. 48.4 LET y 177 LGSS, con el alcance señalado en el fundamento jurídico séptimo.*”

VIII. Pasajes decisivos

5. Prohibición de discriminación por razón de nacimiento en familia monoparental.

[...]

A pesar de esa sustancial identidad de las necesidades de cuidado que tiene cualquier recién nacido, en un supuesto como el ahora analizado, las normas cuya constitucionalidad se cuestiona provocan una diferencia de trato entre los menores nacidos en una familia monoparental y los nacidos en una familia biparental, en tanto en el primer caso, tan solo podrán recibir los cuidados de su madre biológica por un período máximo de dieciséis semanas (ampliable en los supuestos previstos en la ley), mientras que, en el segundo caso, podrán recibir también los cuidados del otro progenitor por idéntico período de tiempo (también ampliable cuando así lo prevea la ley).

[...]

[...] debemos entender que la prohibición de discriminación por razón de nacimiento, que el art. 14 CE expresamente contempla, incluye el nacimiento en cualquier modelo de familia.

[...]

6. Legitimidad constitucional de la diferencia de trato basada en el nacimiento en familia monoparental: finalidad perseguida y proporcionalidad

[...]

[...] concluir que los argumentos aportados por la Fiscalía General del Estado, la Abogacía del Estado y el letrado de la Administración de la Seguridad Social a fin de defender la constitucionalidad de la norma no superan el canon más estricto de razonabilidad y proporcionalidad aplicable en estos casos. Ninguna explicación concreta aporta la Fiscalía General del Estado, la Abogacía del Estado, ni 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.

[...]

[...] en este caso el permiso y la correspondiente prestación económica por nacimiento y cuidado de menor previstos, respectivamente, en los arts. 48.4 LET y 177 LGSS, su articulación concreta debe respetar las exigencias que se derivan del art. 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 el art. 14 CE. Y es esto lo que el legislador no hace, al introducir –mediante su 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.

7. Alcance del fallo.

Finalmente, es preciso realizar una precisión en relación con el alcance de la presente declaración de inconstitucionalidad, en tanto que, al vincularse a una omisión del legislador, esto es, al hecho de que la norma no contemple aquello que debió ser necesariamente incluido, la inconstitucionalidad declarada no debe llevar aparejada la nulidad de los preceptos cuestionados.

[...]

[...] el Tribunal considera necesario (como lo hizo en la STC 15/2020, de 28 de enero, FJ 3, y las allí citadas) 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).

IX. Comentario

La STC (Pleno) núm. 140/2024 es extensa y compleja. En ella, el Tribunal Constitucional, antes de resolver la cuestión planteada por la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña, examina el marco normativo en el que se insertan los preceptos legales cuestionados, así como la evolución seguida por esos preceptos, analizando las finalidades que persiguen y su jurisprudencia relativa al alcance de las obligaciones que se imponen al legislador en relación con el reconocimiento de este tipo de permisos y prestaciones vinculados con el nacimiento de hijo.

A continuación, entra en el problema de fondo, tratando de resolver cada una de las dudas de constitucionalidad suscitadas por la Sala promotora de la cuestión de inconstitucionalidad, y a tal fin, hace un gran despliegue de argumentos para sustentar su fallo, con apoyo en su propia doctrina, así como en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

- Acerca de la posible discriminación por nacimiento en familia monoparental

La primera duda se plantea sobre el posible carácter discriminatorio de los artículos 48.4 ET y 177 LGSS, por cuanto los hijos de familias monoparentales recibirían un tiempo de cuidados por parte de sus progenitores inferior que los nacidos en familias biparentales, a pesar de que tienen idénticas necesidades.

Para resolverla, el Tribunal Constitucional considera necesario dilucidar, con carácter previo, si nos encontramos ante una diferencia de trato que tiene su origen en una de las categorías de discriminación prohibidas expresamente en el art. 14 CE, o si, por el contrario, nos situamos en el ámbito de aplicación de la cláusula general de igualdad recogida en el mismo precepto.

Considera que, en el presente caso, nos hallamos ante una diferencia de trato normativa entre situaciones sustancialmente iguales, puesto que 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, y, sin embargo, ante una misma necesidad, la norma responde de forma diferenciada, aunque fuere por defecto u omisión de regulación.

Más aún, en contra de los argumentos esgrimidos por la Fiscalía General del Estado, la Abogacía del Estado y el representante de la Seguridad Social, el Tribunal constitucional estima que tal diferencia de trato se produce por uno de los motivos de discriminación que el segundo inciso del art. 14 CE expresamente prohíbe. Concretamente, la regulación de los permisos por parte de los preceptos cuestionados incurriría en una discriminación por razón de nacimiento, que incluye el nacimiento en cualquier modelo de familia.

- ¿Diferencia de trato justificada?

Una vez establecido que la norma provoca una diferencia de trato basada en el nacimiento en familia monoparental, trata de indagar si, tal y como afirman las partes personadas en el procedimiento, dicha diferencia de trato puede estar justificada.

A tal fin, aplica su propia doctrina, conforme a la cual el canon de control a utilizar a la hora de enjuiciar la legitimidad de las diferencias de trato basadas en alguno de los motivos de discriminación expresamente prohibidos por el art. 14 CE resulta mucho más estricto que el utilizado para enjuiciar otras diferencias de trato (por todas, STC 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4 b).

Sin cuestionar la legitimidad de la equiparación de los permisos por nacimiento y cuidado de menor de la trabajadora, madre biológica, y el otro progenitor, constata el hecho de que la norma no prevé la posibilidad de que la primera extienda su permiso por el periodo que hubiera correspondido al otro progenitor, en caso de existir, y el

impacto que esa omisión tiene en los menores nacidos en familias monoparentales. Considera que la justificación de esa omisión no puede hallarse en la voluntad del legislador de fomentar la conciliación y la corresponsabilidad.

Aplicando su jurisprudencia, rechaza los argumentos esgrimidos por las partes para defender la constitucionalidad de la norma, que, a juicio del Tribunal, no superan el canon más estricto de razonabilidad y proporcionalidad aplicable en estos casos. Señala que ninguna explicación dada justifica la evidente desproporción entre los posibles beneficios que perseguiría dicha omisión de fomento de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral y las consecuencias negativas que de ella se derivan para los niños y niñas nacidos en familias monoparentales respecto de los menores nacidos en el seno de familias biparentales.

El Pleno del Tribunal Constitucional decide pues estimar la cuestión de inconstitucionalidad planteada, al llegar al convencimiento de que los artículos 48.4 ET y 177 LGSS, al no prever la posibilidad de que las madres biológicas, trabajadoras por cuenta ajena, puedan ampliar su permiso (y la correspondiente prestación 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 39 CE, en tanto esos menores podrán disfrutar de un periodo de cuidado de sus progenitores significativamente inferior a los nacidos en familias biparentales”.

- Alcance del fallo

La inconstitucionalidad declarada no conlleva en este caso la nulidad de los preceptos cuestionados al tener origen en la omisión de una realidad a regular que debió incluirse.

Así, según se expone, dado que la inconstitucionalidad declarada se produce por la imposibilidad de extender el permiso, la declaración de nulidad de los arts. 48.4 ET y 177 LGSS, no solo no repararía la lesión del art. 14 CE en relación con el art. 39 CE, sino que 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.

Por lo tanto, de acuerdo con el Tribunal Constitucional corresponde al legislador 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.

Sin embargo, mientras no se produce dicha intervención legislativa, el tribunal constitucional considera que en lo que se refiere a las familias monoparentales, el permiso a que hace referencia el art. 48.4 ET, y en relación con él el art. 177 LGSS, ha de ser interpretado en el sentido de adicionarse al permiso establecido para la madre de dieciséis semanas, el previsto para el progenitor distinto (diez semanas, al excluirse las seis primeras semanas que, al ser de disfrute simultáneo, se superponen).

Por último, por razones de seguridad jurídica, la sentencia carece de efectos retroactivos, por lo que no se revisan situaciones ya juzgadas y consolidadas.

- Votos particulares

La STC 140/2024 cuenta con dos votos particulares. El primero, está formulado por el magistrado D. Ramón Sáez Valcárcel, quien expresa su discrepancia tanto con el fallo como con el razonamiento que sustenta la sentencia. El segundo, es un voto particular concurrente que formulan el magistrado D. Enrique Arnaldo Alcubilla y la magistrada doña Concepción Espejel Jorquera, en el que, pese a compartir el fallo, discrepan en parte de la argumentación de la sentencia.

Así, en primer lugar, para el magistrado Sáez Valcárcel, “por más que íntimamente comparta la convicción de que las familias monoparentales merecen un tratamiento normativo acorde con sus especiales necesidades de protección”, disiente del fallo y de la fundamentación de la sentencia. En su opinión, la sentencia parte de una

premisa errónea, que es la de considerar que el permiso (y la correspondiente prestación) por nacimiento y cuidado del menor es un mecanismo de protección del hijo de la persona trabajadora. Sostiene que los artículos 48.4 ET y 177 LGSS no regulan derechos del hijo, sino derechos estrictamente individuales e intransferibles del trabajador por cuenta ajena, por más que el hijo se beneficie de ellos.

De otro lado, los magistrados que formulan el segundo voto particular concurrente comparten el fallo estimatorio de la cuestión de inconstitucionalidad por omisión, sin nulidad, por considerar que los preceptos cuestionados dispensan un trato discriminatorio por razón del nacimiento al menor perteneciente a una familia monoparental. Sin embargo, disienten del alcance del fallo, que se traduce en resolver la laguna normativa detectada declarando el derecho de las familias monoparentales a ampliar el permiso, creando así una norma nueva. Con ello, el Tribunal está asumiendo una función de legislador positivo que no le corresponde, eliminando la libertad de configuración normativa del legislador.

X. Apunte final

No cabe duda de que estamos en presencia de un problema que afecta a un colectivo vulnerable como es el de las familias monoparentales, mayoritariamente encabezadas por mujeres, y a los menores nacidos en el seno de estas familias.

La anomia en este punto ha dado lugar recientemente a la producción de respuestas judiciales diferentes de las Salas Tercera y Cuarta del Tribunal Supremo en relación con el derecho a la extensión del permiso en el caso de familias monoparentales. Así, la Sala Tercera en su sentencia 1612/2024 (recurso de casación 5372-2022; ECLI:ES:TS:2024:4948) reconoce el derecho de una empleada pública a acumular el permiso que le hubiera correspondido al otro progenitor, disfrutando de un total de veintiséis semanas, en aras del interés superior del menor y de evitar la discriminación de los menores nacidos en el seno de una familia monoparental. En cambio, la Sala Cuarta en su sentencia 169/2023, de 2 de marzo, considera que la regulación vigente cumple las exigencias derivadas de la Constitución y de acuerdos y tratados internacionales y deniega la ampliación de la prestación de nacimiento y cuidado de menor en familia monoparental.

Como cabía esperar, la existencia de unificación de doctrina jurisprudencial en la materia no ha impedido que esta cuestión llegara al Tribunal Constitucional, el cual ha dictado una sentencia que, contradiciendo la doctrina unificada establecida en la STS Sala de lo Social 169/2023, de 2 de marzo, aprecia discriminación y reconoce el derecho a la acumulación del permiso. Sin embargo, la solución alcanzada en esta sentencia, que se traduce en la creación por el Tribunal Constitucional de una nueva prestación para colmar la laguna legal existente, no parece ser la más conveniente, desde el punto de vista de la seguridad jurídica.

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. Se trata de un desiderátum expresado por la doctrina científica y judicial y por los propios magistrados del Tribunal constitucional, incluidos los que formulan los votos discrepantes.

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.

En relación con la duración del permiso por nacimiento de hijo en el caso de las familias monoparentales y de su cobertura económica, el legislador deberá tener en cuenta también el agravio comparativo que se puede plantear respecto de las madres

trabajadoras, incluidas las que encabezan una familia monoparental, cuando reúnen todos los requisitos, salvo el periodo mínimo de cotización exigido para tener derecho a la prestación contributiva por nacimiento y cuidado de menor.

En efecto, no podemos olvidar que, respecto de ellas, la LGSS contempla una regulación especial en sus artículos 181 y 182, que se traduce en un periodo de descanso subsidiado de menor duración que el ordinario de dieciséis semanas. Así, este se limita al periodo de cuarenta y dos días naturales siguientes al parto, ampliables en dos semanas más, en determinados supuestos, entre los que se incluye el de nacimiento en el seno de una familia monoparental (art. 182.2. LGSS). Además, durante el citado descanso se tiene derecho a percibir una prestación de carácter no contributivo de cuantía igual a 100 por ciento del IPREM. Es evidente que esta regulación ofrece una protección deficiente, que puede también ser tachada de discriminatoria y, por tanto, debería ser también reformada.

Referencias:

1. [^] *Sentencia comentada por MONEREO PÉREZ, J.L., en Revista de Jurisprudencia Laboral, núm. 3 (2023).*