



**CRITERIO INTERPRETATIVO 23/2024 DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE ORDENACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL RELATIVO A SI, TRAS LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 48.4 del ET Y DEL 177 de la LGSS, CABE ENTENDER QUE LA SITUACIÓN DE DISCRIMINACIÓN CONCURRE IGUALMENTE EN LAS SITUACIONES PROTEGIDAS EN LOS APARTADOS 5 Y 6 DEL ARTÍCULO 48 ET; Y SOBRE LA APLICACIÓN EN SENTIDO AMPLIO DEL ARTÍCULO 49.A) EBEP SIN QUEDAR LIMITADO AL FALLECIMIENTO DE LA MADRE BIOLÓGICA.**

---

Con fecha 19 de noviembre de 2024, ha tenido entrada en esta Dirección General una consulta de la Dirección General del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), sobre si, aun cuando no se hubieran declarado inconstitucionales los apartados 5 y 6 del artículo 48 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre (en lo sucesivo, ET) por no ser aplicables al proceso *a quo* (que afectaba a una madre biológica), cabría entender a través del correspondiente criterio interpretativo que la situación de discriminación concurre igualmente en las situaciones protegidas en dichos apartados.

Por otra parte, se plantea la posibilidad de seguir aplicando el artículo 49 a) del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) en sentido amplio, es decir, no limitada al fallecimiento de la madre biológica, sino que, en el supuesto de fallecimiento de cualquiera de los progenitores, el otro progenitor podrá hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste de permiso, en los mismos términos que los previstos por el párrafo segundo de la letra a) del artículo 49 del EBEP.

**Planteamiento:**

Por parte de la Entidad Gestora se ha venido denegando el derecho a percibir la prestación de nacimiento y cuidado del menor previsto en el artículo 177 texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (en adelante, LGSS) en relación con el artículo 48.4 ET en aquellos casos en que solo existiera un progenitor por tratarse de un derecho personal e intransferible, de tal suerte

que la suspensión del contrato y la prestación económica con cargo a la Seguridad Social están intrínsecamente vinculadas.

En el último año, la posición de esta Entidad Gestora se ha visto amparada por la sentencia del Tribunal Supremo núm. 169/2023, de 2 de marzo, que argumentaba que la interpretación de la norma que sería necesaria para completar la supuesta omisión causante de inconstitucionalidad, supondría crear una prestación contributiva nueva en favor de los progenitores de familias monoparentales que, además, quedaría estrictamente limitada a la duplicación de la duración, sin modificar los condicionantes específicos.

Ante esta situación, el 24 de octubre de 2023 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña plantea una cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 48 del ET apartados 4, 5 y 6 en relación con el artículo 177 de la LGSS por posible vulneración de los artículos 14, 39, apartados 1, 2 y 4, y 41 de la Constitución Española (en adelante, CE); del artículo 10.1 (realmente, 10.2) de la CE, en relación con el artículo 3.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, y el artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; y del artículo 2.4 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. Además, planteaba la vulneración del artículo 14 de la CE, en relación con el artículo 6 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Finalmente, dicho Tribunal en fecha 6 de noviembre de 2024 estima la cuestión de inconstitucionalidad planteada y declara que los artículos 48.4 del ET y 177 de la LGSS, al no prever la posibilidad de que, en circunstancias como las descritas en el caso del que trae causa la presente cuestión, las madres biológicas de familias monoparentales, trabajadoras por cuenta ajena, puedan ampliar su permiso por nacimiento y cuidado de hijo más allá de 16 semanas, disfrutando del permiso (y también de la correspondiente prestación económica de la seguridad social) que se reconocería al otro progenitor, en caso de existir, generan *ex silentio* una discriminación por razón de nacimiento de los niños y niñas nacidos en familias monoparentales, que es contraria al artículo 14 de la CE, en relación con el artículo 39 de la

CE, en tanto esos menores podrán disfrutar de un período de cuidado de sus progenitores significativamente inferior a los nacidos en familias biparentales.

El Tribunal en su sentencia acota el objeto del enjuiciamiento al apartado 4 del artículo 48 del ET, aunque la cuestión planteada cita los apartados 4, 5 y 6 del artículo 48 del ET, pues solo el primero (referido al nacimiento) es aplicable al proceso a quo, ya que el apartado 5 se refiere a los supuestos de adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento, mientras que el apartado 6 establece una regla especial aplicable a los supuestos en que el hijo presenta una discapacidad o a supuestos de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples, circunstancias que no concurren.

En consecuencia, se plantea la duda de qué sucede cuando nos encontremos en alguna de las situaciones protegidas en los apartados 5 y 6 del artículo 48 del ET, pese a no haber sido declarados inconstitucionales, y si procede, a la luz de la citada sentencia, entender que concurre discriminación en los mismos términos que en el apartado 4 del dicho artículo.

#### **Criterio DGSS:**

Este Centro Directivo emite Criterio Interpretativo de conformidad con las funciones de ordenación jurídica del sistema de la Seguridad Social, interpretando las normas y disposiciones que afecten a dicho sistema, unificando y dictando los criterios normativos necesarios para su efectividad, que le son atribuidas en virtud del artículo 3.1.a) del Real Decreto 501/2024, de 21 de mayo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, y se modifica el Real Decreto 1009/2023, de 5 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales.

#### **I. Marco legal**

El artículo 48 del ET dispone:

“(…)

*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 16 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 16 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 los casos de parto prematuro y en aquellos en que, por cualquier otra causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, el periodo de suspensión podrá computarse, a instancia de la madre biológica o del otro progenitor, a partir de la fecha del alta hospitalaria. Se excluyen de dicho cómputo las seis semanas posteriores al parto, de suspensión obligatoria del contrato de la madre biológica.*

*En los casos de parto prematuro con falta de peso y en aquellos otros en que el neonato precise, por alguna condición clínica, hospitalización a continuación del parto, por un periodo superior a siete días, el periodo de suspensión se ampliará en tantos días como el nacido se encuentre hospitalizado, con un máximo de trece semanas adicionales, y en los términos en que reglamentariamente se desarrolle.*

*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 períodos 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 períodos, 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.*

*(...)*

*5. En los supuestos de adopción, de guarda con fines de adopción y de acogimiento, de acuerdo con el artículo 45.1.d), la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas para cada adoptante, guardador o acogedor. Seis semanas deberán disfrutarse a jornada completa de forma obligatoria e ininterrumpida inmediatamente después de la resolución judicial por la que se constituye la adopción o bien de la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento.*

*Las diez semanas restantes se podrán disfrutar en períodos semanales, de forma acumulada o interrumpida, dentro de los doce meses siguientes a la resolución judicial por la que se constituya la adopción o bien a la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento. En ningún caso un mismo menor dará derecho a varios periodos de suspensión en la misma persona trabajadora. El disfrute de cada período semanal o, en su caso, de la acumulación de dichos períodos, deberá comunicarse a la empresa con una antelación mínima de quince días. La suspensión de estas diez semanas se podrá ejercitar en régimen de jornada completa o a tiempo parcial, previo acuerdo entre la empresa y la persona trabajadora afectada, en los términos que reglamentariamente se determinen.*

*En los supuestos de adopción internacional, cuando sea necesario el desplazamiento previo de los progenitores al país de origen del adoptado, el periodo de suspensión previsto para cada caso en este apartado, podrá iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituye la adopción.*

*Este derecho es individual de la persona trabajadora sin que pueda transferirse su ejercicio al otro adoptante, guardador con fines de adopción o acogedor.*

*(...)*

*6. En el supuesto de discapacidad del hijo o hija en el nacimiento, adopción, en situación de guarda con fines de adopción o de acogimiento, la suspensión del contrato a que se refieren los apartados 4 y 5 tendrá una duración adicional de dos semanas, una para cada una de las personas progenitoras. Igual ampliación procederá en el supuesto de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiple por cada hijo o hija distinta del primero. En caso de haber una única persona progenitora, esta podrá disfrutar de las ampliaciones completas previstas en este apartado para el caso de familias con dos personas progenitoras”.*

En relación con el artículo 48 del ET, el artículo 177 de la LGSS determina que:

*“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, 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”.*

Si bien es cierto que el Tribunal Constitucional se centra en el apartado 4 del artículo 48 del ET, no podemos obviar el reconocimiento del derecho cuando se da alguna de las situaciones protegidas en los apartados 5 y 6 de dicha norma, ya que incurriríamos de nuevo en una diferencia de trato entre situaciones que son sustancialmente iguales.

Así, en el fundamento jurídico quinto de la sentencia se concluye que *“En el caso que ahora analizamos, nos encontramos ante una diferencia de trato entre situaciones que son sustancialmente iguales y que son relevantes desde la perspectiva de una de las finalidades que persigue la norma de cuya constitucionalidad se duda, en concreto, la de facilitar la conciliación de la vida laboral y familiar a fin de que los progenitores puedan prestar a sus hijos los cuidados y atención que necesitan nada más nacer (art. 39.3 CE). Es obvio 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”*.

Más adelante continúa argumentando que *“Si nuestra jurisprudencia previa no ha hecho depender la obligación de protección de la familia, que el art. 39.1 CE impone a los poderes públicos, del hecho de que ésta tenga su origen en un matrimonio tradicional, subrayando que “son dignos de protección constitucional los matrimonios sin descendencia, las familias extramatrimoniales o monoparentales (STC 222/1992, de 11 de diciembre) y, sobre todo, los hijos (...)”, protegidos por los art. 39.2 y 3 CE con independencia de su filiación y nacimiento dentro o fuera del matrimonio [STC 198/2012, de 6 de noviembre, FJ 5], 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. No en vano esa prohibición persigue que el contexto que rodee 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 -por ejemplo, la fecha de nacimiento-, determine un tratamiento diferenciado de la persona”*.

Bajo esta premisa debemos hacer una aplicación extensiva y proceder al reconocimiento del derecho cuando exista un solo progenitor, cumpla los requisitos exigidos en la ley para causar derecho a la prestación por nacimiento y cuidado del menor y solicite la ampliación de su derecho cualquiera que sea la situación protegida en virtud del artículo 177 de la LGSS.

Todo ello, sin perjuicio de las modificaciones oportunas que deberán efectuarse en el Estatuto de los Trabajadores y en el Estatuto Básico del Empleado Público con el objeto de subsanar la omisión que existe en la actualidad respecto de las familias monoparentales en el artículo 48, ajustándose a lo dispuesto en la sentencia antedicha y, así, poder garantizar una protección plena por nuestro sistema de Seguridad Social.

En relación a la segunda cuestión que se plantea, el artículo 49 a) texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, dispone que:

*“En todo caso se concederán los siguientes permisos con las correspondientes condiciones mínimas:*

*a) Permiso por nacimiento para la madre biológica: tendrá una duración de dieciséis semanas, de las cuales las seis semanas inmediatas posteriores al parto serán en todo caso de descanso obligatorio e ininterrumpidas. Este permiso se ampliará en dos semanas más en el supuesto de discapacidad del hijo o hija y, por cada hijo o hija a partir del segundo en los supuestos de parto múltiple, una para cada uno de los progenitores.*

*No obstante, en caso de fallecimiento de la madre, el otro progenitor podrá hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste de permiso.*

*(...)”.*

Hasta el momento el segundo párrafo ha sido interpretado de forma amplia, es decir, no limitado al fallecimiento de la madre biológica, sino que, en el supuesto de fallecimiento de cualquiera de los progenitores, el otro progenitor podrá hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste de permiso, en los mismos términos que los previstos por el párrafo segundo de la letra a) del artículo 49 del EBEP.



Para evitar efectos indeseados que en materia de gestión se pudieran producir y por seguridad jurídica este Centro Directivo considera que debe seguir aplicándose el referido artículo sin hacer distinción entre progenitores permitiendo el disfrute del permiso restante cualquiera que fuere el fallecido.

LA DIRECTORA GENERAL

Firmado electronicamente por: MORANO  
LARRAGUETA MARTA

Marta Morano Larragueta.