

SECCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- 3115** *Sala Primera. Sentencia 6/2025, de 13 de enero de 2025. Recurso de amparo 644-2024. Promovido por doña Eva Ordax Cano en relación con las resoluciones administrativas y judiciales que desestimaron su petición de revisión y ampliación de la prestación por nacimiento y cuidado de hijo menor, como madre biológica de familia monoparental. Vulneración del derecho a no padecer discriminación por razón de nacimiento: resoluciones judiciales y administrativas que aplican una regulación legal declarada inconstitucional en la STC 140/2024, en tanto que omite la posibilidad de que las madres biológicas de familias monoparentales, trabajadoras por cuenta ajena, puedan ampliar su permiso por nacimiento disfrutando del permiso que correspondería al otro progenitor, caso de existir.*

ECLI:ES:TC:2025:6

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por el magistrado don Cándido Conde-Pumpido Tourón, presidente, y los magistrados y magistradas don Ricardo Enríquez Sancho, doña Concepción Espejel Jorquera, doña María Luisa Segoviano Astaburuaga, don Juan Carlos Campo Moreno y don José María Macías Castaño, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 644-2024, interpuesto por doña Eva Ordax Cano, representada por el procurador de los tribunales don David García Riquelme, bajo la dirección de la letrada doña Lourdes Ruiz Ezquerra, contra la sentencia núm. 1136/2023, de 12 de diciembre, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en el recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 2814-2022, que estimó el recurso interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) contra la sentencia núm. 255/2022, de 8 de abril, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, dictada en el recurso de suplicación núm. 234-2022, que desestimó los recursos formulados por la demandante de amparo y por el INSS y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), confirmatoria de la sentencia núm. 24/2022, de 31 de enero, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 4 de Santander en el procedimiento de Seguridad Social núm. 875-2021, estimatoria de la demanda interpuesta por la recurrente en amparo frente al INSS y la TGSS, con motivo de la resolución dictada por Dirección Provincial de Cantabria del INSS de fecha 18 de octubre de 2021, que rechaza la reclamación administrativa previa formulada por la demandante de amparo contra la resolución del mismo organismo de 10 de septiembre de 2021, que le reconoció dieciséis semanas de prestación por nacimiento y cuidado del menor, y rechazó tácitamente su solicitud de que le fueran reconocidas las dieciséis semanas de prestación por nacimiento y cuidado de menor que hubieran correspondido al progenitor distinto de la madre biológica. La demandante impugna asimismo el auto de 23 de mayo de 2023, de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo dictado en el citado recurso de casación para la unificación de doctrina, que inadmitió su recurso contra la reseñada sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria. Ha comparecido la letrada de la administración de la Seguridad

Social en nombre y representación del INSS y la TGSS, y ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido ponente la magistrada doña Concepción Espejel Jorquera.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito presentado en el registro general de este tribunal el 29 de enero de 2024, doña Eva Ordax Cano, representada por el procurador de los tribunales don David García Riquelme y asistida por la abogada doña Lourdes Ruiz Ezquerra, interpuso recurso de amparo contra las resoluciones judiciales y administrativas a las que se ha hecho mención en el encabezamiento de esta sentencia.

2. El recurso tiene su origen en los siguientes antecedentes:

a) El 10 de septiembre de 2021, la demandante de amparo solicitó al INSS «la ampliación del permiso [por nacimiento y cuidado de menor] desde las dieciséis semanas hasta las treinta y dos para el cuidado de mi hija en igualdad de condiciones que el resto de familias pues la estructura familiar no puede suponer ninguna discriminación para el/la menor».

b) El mismo día 10 de septiembre de 2021, la Dirección Provincial de Cantabria del INSS dictó resolución por la que se reconoce a doña Eva Ordax Cano el derecho a la prestación de nacimiento y cuidado del menor desde el 2 de septiembre de 2021 al 22 de septiembre de 2021, con una base reguladora de 101,58 euros.

Mediante escrito de fecha 23 de septiembre de 2021, la Sra. Ordax presentó reclamación previa ante aquel organismo, que la desestimó mediante resolución fechada el 18 de octubre de 2021.

c) El 5 de noviembre de 2021 la Sra. Ordax interpuso demanda frente al INSS, luego ampliada al Colegio María Reina Inmaculada, que fue turnada al Juzgado de lo Social núm. 4 de Santander, que incoó el procedimiento de Seguridad Social núm. 875-2021, sobre prestación por nacimiento y cuidado de menor.

El 31 de enero de 2022 recayó la sentencia núm. 24/2022, que estimó la demanda y, en consecuencia: (i) reconoció a la demandante la ampliación de la prestación por nacimiento y cuidado de menor a diez semanas adicionales, con la correspondiente prestación económica; y (ii) condenó a las partes demandadas «a estar y por esta declaración y al INSS-TGSS al abono de la prestación económica correspondiente».

Sintéticamente expuestos, estos son los fundamentos que conducen a la estimación de la demanda:

(i) La regulación expuesta (arts. 48.4 LET y 177 LGSS) conlleva una situación discriminatoria de los hijos nacidos en familias monoparentales (que solo disfrutaban de dieciséis semanas de permiso) respecto de las biparentales (que tienen treinta y dos, la mitad cada progenitor). Tal discriminación es contraria a la Convención sobre los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, la cual establece una proscripción de trato discriminatorio del menor. La vulneración del citado convenio por parte de la normativa interna obliga a efectuar una aplicación conforme al texto convencional. Así lo dispone el art. 31 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre sobre tratados y acuerdos internacionales, según el cual «las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional», y se cita en tal sentido la STC 140/2018, de 20 de diciembre.

En tal sentido, la sentencia concluye que la normativa interna que regula los permisos de nacimiento solo puede aplicarse de manera que no contradiga la Convención sobre los derechos del niño, lo que, a su vez, solo puede hacerse equiparando el permiso de las familias monoparentales a las biparentales. En definitiva, se estima la pretensión de la demanda y se concede a la actora el derecho a la ampliación del permiso de nacimiento.

(ii) En apoyo de la anterior conclusión estimatoria, la sentencia se apoya en sentencias dictadas por salas de lo social de Tribunales Superiores de Justicia y, tras reproducir de forma extensa la dictada por la del País Vasco de 6 de octubre de 2020, declara que «la cuestión [litigiosa] se desliza, no tanto a la exégesis del art. 48.4 LET, sino a la cuestión de si la regulación contenida en dicho precepto es contraria a los convenios internacionales y cómo debe solventarse tal contradicción».

(iii) Finalmente, en cuanto a si el permiso por nacimiento debe abarcar diez o dieciséis semanas, la sentencia comparte la pretensión subsidiaria del INSS (de diez semanas), teniendo en cuenta que la madre ha disfrutado de seis semanas ininterrumpidas inmediatamente seguidas al parto y que el permiso de paternidad que correspondería al otro progenitor, también exige que seis semanas se disfruten inmediatamente siguientes al parto, de manera que, en otro caso, se generaría una desigualdad respecto a la familia monoparental, que disfrutaría de treinta y dos semanas (dieciséis de la madre y dieciséis del otro progenitor, que acumula), frente a las veintiséis que disfrutaría la familia biparental en caso de alternancia entre los progenitores en lugar de disfrute conjunto.

d) Frente a la sentencia del juzgado de lo social, interpusieron ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del Cantabria, respectivos recursos de suplicación la ahora demandante de amparo y el letrado de la Administración de la Seguridad Social, en representación del INSS y la TGSS.

La primera interesó que se le reconociera el derecho a disfrutar de la prestación ya concedida durante un total de dieciséis semanas adicionales, en lugar de las diez inicialmente reconocidas.

Por su parte, la representación procesal del INSS y la TGSS interesó el dictado de una nueva sentencia que revocase la impugnada y desestimase la demanda con absolucón de esta parte.

e) En la sentencia núm. 255/2022, de 8 de abril, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria desestimó los recursos de suplicación planteados y confirmó la resolución recurrida.

f) La ahora demandante de amparo y la letrada de la administración de la Seguridad Social, actuando en la representación que tiene atribuida, interpusieron ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo sendos recursos de casación para la unificación de doctrina frente a la sentencia dictada en suplicación.

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo, mediante auto de fecha 23 de mayo de 2023, acordó inadmisión del recurso interpuesto por doña Eva Ordax Cano, al apreciar falta de contenido casacional.

En cuanto al recurso formulado por la representación del INSS y la TGSS, la misma Sala dictó la sentencia núm. 1136/2023, de 12 de diciembre, por la que acordó su estimación, así como casar y anular la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estimó el recurso de suplicación de la parte demandada, manteniendo la desestimación del recurso de la misma clase planteado por la demandante y, con revocación parcial de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 4 de Santander, desestimó la demanda y absolvió a los codemandados (INSS, TGSS y el Colegio María Reina Inmaculada) de todos los pedimentos deducidos contra ellos.

Con apoyo en sus sentencias núm. 169/2023, de 2 de marzo, y 434/2023, de 14 de junio, la Sala fundamenta su decisión en los siguientes argumentos:

(i) La prestación por «nacimiento y cuidado del menor» (art. 177 LGSS) es de naturaleza contributiva, de la que son beneficiarias las personas incluidas en el Régimen General de la Seguridad Social, cualquiera que sea su sexo, que disfruten de los descansos previstos en el artículo 48 LET, siempre que además del alta o situación legalmente asimilada, reúnan el período de carencia que se determina en el propio precepto; además, la cuantía de la prestación depende de las bases de cotización del interesado (art. 179 LGSS) y su subsistencia durante el período de disfrute se condiciona a la no realización de otro trabajo por cuenta propia o ajena (art. 180 LGSS). De ello se

deduce, por un lado, que es frecuente que en las familias biparentales solo uno de los progenitores pueda disfrutar de la prestación; y, por otro, que en algunas ocasiones el disfrute de la suspensión contractual del artículo 48.4 LET no lleve aparejado necesariamente el acceso a esta prestación.

(ii) El art. 48.4 LET equipara la duración de la suspensión contractual entre ambos progenitores, así como la obligatoriedad de disfrute conjunto de las seis semanas posteriores al parto y la prohibición de transferencia del derecho entre progenitores, que se justificó por responder a la existencia de una clara voluntad y demanda social que los poderes públicos no pueden desatender al ser una exigencia derivada de los arts. 9.2 y 14 CE, los arts. 2 y 3.2 del Tratado de la Unión Europea y 21 y 23 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (CDFUE). De esta forma 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 y familiar, y en el principio de corresponsabilidad entre ambos progenitores, elementos ambos esenciales para el cumplimiento del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres en todos los ámbitos. Por ello, desestimar el recurso y confirmar la sentencia recurrida 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 de la misma, sin modificar los condicionantes específicos en materia de período de cotización previa o del régimen jurídico de su propia concesión o subsistencia, alterando la configuración diseñada por el legislador. La Sala entiende que, necesariamente, su decisión modificaría el régimen jurídico de la suspensión contractual por causa de nacimiento y cuidado de hijo establecido el art. 48.4 LET, lo cual afectaría al otro sujeto de la relación contractual, que se vería obligado a soportar una duración mayor de la suspensión contractual prevista expresamente en la ley, con afectación en sus previsiones de sustitución o reorganización de la empresa, y que no le eximiría del cumplimiento de las obligaciones de cotización en materia de seguridad social.

(iii) Una intervención de tal calibre dista mucho de lo que la organización constitucional del Estado encomienda a los jueces y tribunales. Su función es la aplicación e interpretación de la norma, pero no la creación del Derecho. La intervención en el ordenamiento jurídico solo le corresponde al legislador, sin que la misma pueda ser suplida a través de resoluciones judiciales que vayan más allá de sus propias funciones jurisdiccionales, entre las que no se encuentran, desde luego, la modificación del régimen prestacional de la Seguridad Social, ni la modificación de la organización de la suspensión del contrato de trabajo por causas previstas en la ley, a través de la aplicación de criterios interpretativos concretos previstos legalmente que no se circunscriben a la aplicación de la norma en supuestos fácticos que, razonablemente, no parecen claramente delimitados en el ámbito de afectación de la norma interpretada.

(iv) La normativa en cuestión no resulta contraria a la letra o al espíritu de la Constitución Española, ni se sitúa al margen de la normativa internacional, especialmente del derecho de la Unión Europea, ni resulta contraria a los acuerdos, pactos o convenios internacionales suscritos por España. Antes al contrario, es expresión de una voluntad normativa tendente al cumplimiento estricto y completo de los preceptos y principios constitucionales, adelantándose, incluso, a las previsiones contenidas en el Directiva de la UE 2019/1158 y es perfectamente compatible con las exigencias que derivan del resto de la normativa internacional. Aunque es cierto que dichas normas y los principios que contienen aconsejan dedicar especial atención a colectivos que, objetivamente, puedan ser socialmente vulnerables, tales requerimientos están dirigidos al legislador, que es quien tiene la capacidad y la responsabilidad de organizar el sistema de protección social con el alcance y la concreción de medidas que elija en atención a la delimitación de las necesidades que en cada momento considere más acuciantes y relevantes.

(v) Respecto al interés por la protección del menor, está presente en toda la regulación de la prestación por nacimiento de hijo y cuidado del menor, además de no ser el único al que debe atenderse. El legislador también ha prestado 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. Las fórmulas establecidas tratan de cohonestar todos los intereses confluyentes en la regulación de esta materia y, en este ejercicio de ponderación, se ha tratado de evitar que el disfrute de los derechos de conciliación y la protección dispensada en estos casos perpetúe roles de género que no se corresponden con la situación social actual, ni con el principio de igualdad que sustenta todo el ordenamiento jurídico.

(vi) No existe una supuesta vulneración de un teórico derecho del menor de las familias monoparentales a ser cuidado en condiciones de igualdad con respecto a las biparentales. En estas la prestación que corresponde al otro progenitor precisa como condición inexcusable su encuadramiento y alta en la Seguridad Social y cubrir un periodo mínimo de carencia; en caso contrario, no se le concede, de modo que el interés del menor, cuya importancia no se desconoce y se considera de especial relevancia por la Sala, no puede ser el único factor decisivo y determinante en la cuestión a resolver.

(vii) Los datos estadísticos proporcionados por el Instituto Nacional de Estadística revelan que las familias monoparentales, como la del caso, son únicamente el 15,8 por 100 de las que el Instituto califica como tales. Por ello, tampoco la interpretación de la norma con perspectiva de género resulta determinante para la resolución del caso, ya que lo que se pide va más allá de lo que significa «interpretar y aplicar el derecho» y se sitúa en el ámbito de su creación. La perspectiva de género no es aplicable cuando el legislador, como es el caso, es consciente de la situación que regula y de las consecuencias de la misma y establece una normativa que tiende corresponsabilizar al varón en la educación y crianza de los hijos.

3. La representación procesal de doña Eva Ordax Cano interpuso en fecha 4 de julio de 2023 recurso de amparo frente al auto de 23 de mayo de 2023, por el que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo inadmitió el recurso de casación para la unificación de doctrina que aquella planteó contra la citada sentencia dictada en suplicación por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria.

Este recurso de amparo, registrado con el número 4633-2023, fue inadmitido por la Sección Primera, Sala Primera, de este Tribunal mediante providencia de fecha 5 de marzo de 2024 con arreglo a lo previsto en el art. 50.1 a) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), en relación con su art. 44.1 a), por no haber concluido el proceso abierto en la vía judicial, al estar pendiente de sentencia el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el INSS y la TGSS contra la misma sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria.

4. El 25 de enero de 2024 la representación procesal de la demandante interpuso recurso de amparo contra las resoluciones administrativas y judiciales reseñadas en el encabezamiento de la presente sentencia. En el escrito presentado se presentan, en síntesis, las siguientes alegaciones:

(i) Vulneración del primer inciso del art. 14 CE, en relación con el art. 39 CE: «Desigualdad entre madres biológicas de familias monoparentales y madres biológicas de familias biparentales». Para la demandante, las resoluciones administrativas y judiciales impugnadas provocan una diferencia de trato entre ella y las madres biológicas de familias biparentales en relación con el derecho al permiso por nacimiento y cuidado de hijos, que resulta contraria a las exigencias del derecho a la igualdad proclamado en el art. 14 CE. La razón por la que el art. 48.4 LET concede este derecho responde, además de a la necesidad de proteger la salud de la madre biológica, a la de hacer efectivo el deber constitucional de los padres y las madres de prestar asistencia de todo orden a los hijos menores (art. 39.3 CE) y de contribuir a la efectiva realización del principio rector de la política social (art. 39.1 CE) conforme al cual los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia, con independencia del tipo de familia de que se trate. Además, el art. 39.4 CE prevé que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos, lo que

da entrada a la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989, norma jurídica dotada además de valor interpretativo de las normas sobre derechos fundamentales (art. 10.2 CE).

Aduce que la denegación de la ampliación del permiso por nacimiento y cuidado de hijos e hijas menores de doce meses en caso de inexistencia del otro progenitor, viene apoyada en una interpretación formalista y restrictiva del art. 48.4.2 LET, carente de justificación objetiva y razonable desde la perspectiva del art. 14 CE y que contraviene también este artículo, porque esa interpretación, desconectada de los valores constitucionales, produce un resultado desproporcionado al provocar perjuicios incuestionables en el ámbito familiar, consistentes en la drástica reducción hasta su mitad de los cuidados de los menores de doce meses nacidos en familias monoparentales.

La demandante añade que la citada Convención sobre los derechos del niño proclama el derecho de la infancia a cuidados especiales, convierte el interés superior del niño en la consideración primordial a que han de atender cualesquiera medidas que les afecten, adoptadas por las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos (art. 3.1), aludiendo en diversos preceptos al derecho del niño a los cuidados de sus padres, necesarios para su bienestar (arts. 3.2 y 7.1). Por su parte, la legislación española en materia de menores define el principio del interés superior del menor como rector e inspirador de todas las actuaciones de los poderes públicos relacionadas con el niño, tanto administrativas como judiciales.

(ii) Vulneración del segundo inciso del art. 14 CE, en relación con el art. 39 CE: «Discriminación directa de la recurrente en amparo por circunstancias personales y familiares». A juicio de la recurrente, la discriminación padecida resulta de su decisión de formar una familia monoparental, tomada con fundamento en el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). La decisión de formar una familia monoparental se vincula a las convicciones y creencias más íntimas de la persona (art. 16 CE) y resulta amparada por el derecho a la vida familiar que reconocen el art. 8 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH) y el art. 8 CDFUE. Sin embargo, la interpretación del INSS y de los órganos judiciales de sus circunstancias personales y familiares, le ha causado un «resultado peyorativo» al no reconocerle la ampliación del permiso por nacimiento y cuidado de menor en las semanas que hubieran correspondido al progenitor distinto de la madre biológica en una familia biparental, efecto que ha alcanzado a su hija nacida en dicha familia monoparental.

Entiende la recurrente que su decisión de ser la «única progenitora» de su hija ha sido el criterio que ha servido al INSS y a los órganos judiciales para denegarle la ampliación en las semanas adicionales de la prestación por nacimiento y cuidado de menor de doce meses, por lo que la condición personal y familiar de la recurrente se ha erigido en criterio diferenciador absolutamente irrazonable. La diferencia de trato sufrida le ha causado un incuestionable perjuicio, que extiende sus efectos a la «inobservancia» del interés superior de la menor.

(iii) Vulneración del segundo inciso del art. 14 CE, en relación con el art. 9.2 CE: «Discriminación indirecta por razón de sexo de la demandante en amparo». Afirma que la discriminación que denuncia trae causa de una interpretación restrictiva – administrativa y judicial– de una norma legal que, aunque en su redacción se refiera a la madre biológica, que presupone el sexo femenino es, en principio, neutra en sus efectos reductores por mitad del permiso por nacimiento y cuidado de hijos menores de doce meses para mujeres y hombres que, libremente, deciden formar una familia «monomarental» o monoparental. Ocurre, sin embargo, que esa libre decisión, según está estadísticamente probado por datos del Instituto Nacional de Estadística, es tomada mayoritariamente por mujeres, con la consecuencia de que el tratamiento peyorativo afecta en mayor medida a las mujeres en el ejercicio de su libre autodeterminación en formar esta clase de familias, lo que causa una discriminación indirecta por razón de sexo.

En el suplico la demandante solicita el otorgamiento del amparo y que, en consecuencia, el Tribunal (i) reconozca la vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad en la ley y a la no discriminación directa por circunstancia personal y familiar, e indirecta por razón de sexo (art. 14 CE en relación con los arts. 39 y 9.2 CE); (ii) restablezca a la demandante en la integridad de sus derechos y, a tal fin, declare nulas las resoluciones impugnadas, y (iii) retrotraiga las actuaciones al momento previo al dictado de la resolución del INSS de 10 de septiembre de 2021, para que dicte otra que respete los derechos fundamentales de la recurrente. Por otrosí interesa que el Tribunal eleve al Pleno cuestión de inconstitucionalidad del art. 48.4 LET, para el caso de entender que la estimación del presente recurso de amparo precise la declaración de inconstitucionalidad, por ser la ley la causante de la lesión de los derechos fundamentales de la demandante de amparo a la igualdad en la ley y a la no discriminación directa por condición personal y familiar, e indirecta por razón de sexo (art. 14 CE).

5. La Sección Primera, Sala Primera, de este tribunal acordó mediante providencia de 9 de septiembre de 2024, la admisión a trámite del recurso de amparo al apreciar que concurre en el mismo una especial trascendencia constitucional (art. 50.1 LOTC) como consecuencia de que la posible vulneración del derecho fundamental que se denuncia pudiera provenir de la ley o de otra disposición de carácter general [STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2 c)].

En aplicación de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, la Sección acordó dirigir comunicación a la Sala de lo Social del Tribunal Supremo y a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria a fin de que, en un plazo que no exceda de diez días, remitan certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al recurso de casación para unificación de doctrina núm. 2814-2022 y al recurso de suplicación núm. 234-2022, respectivamente, así como dirigir comunicación al Juzgado de lo Social núm. 4 de Santander a fin de que, en el mismo plazo, remita certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al procedimiento de Seguridad Social núm. 875-2021, debiendo previamente emplazarse a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, excepto a la parte recurrente en amparo, para que en el plazo de diez días puedan comparecer, si lo desean, en el presente recurso de amparo.

6. Mediante escrito presentado el 10 de octubre de 2024 en el registro general de este tribunal, la letrada de la Seguridad Social solicitó que se la tuviera por personada en el presente recurso de amparo en nombre y representación del INSS y la TGSS.

7. Por diligencia de ordenación fechada el 15 de octubre de 2024, se tienen por recibidos los testimonios de actuaciones solicitados y el escrito de la letrada de la administración de la Seguridad Social, a quien se tiene por personada y parte en nombre y representación del INSS y la TGSS, con quien se entenderán las diligencias a los solos efectos de evacuar el trámite de alegaciones del art. 52 LOTC, a cuyo tenor se acuerda dar vista de todas las actuaciones del presente recurso de amparo por un plazo común de veinte días al Ministerio Fiscal y a las partes personadas, para que en de dicho plazo puedan presentar las alegaciones que a su derecho convenga.

8. La representación procesal de la demandante presentó escrito de alegaciones en fecha 14 de noviembre de 2024, en el que se manifestó en cuanto al fondo en los términos ya expresados en la demanda de amparo.

9. La letrada de la administración de la Seguridad Social presentó sus alegaciones en fecha 12 de noviembre de 2024. Tras exponer el marco normativo y jurisprudencial en que se encuadra la controversia, se opone a la demanda de amparo con argumentos que pueden resumirse en estos términos:

(i) La demandante no ha justificado la especial trascendencia constitucional de su recurso. Tal y como fue planteado el procedimiento, para la alegante no existe ningún

derecho fundamental que resulte vulnerado por el hecho de no reconocer un periodo superior a dieciséis semanas a una prestación de Seguridad Social, ni son discriminatorias las normas denunciadas. La estimación de las alegaciones de la recurrente resultaría discriminatoria para las madres biológicas en familias biparentales, por las razones que expone más adelante. La protección social, económica y jurídica de la familia y la protección integral de los hijos (art. 39 CE), así como el régimen público de Seguridad Social (art. 41 CE), preceptos señalados por la actora para justificar su recurso, no son derechos fundamentales protegidos por el recurso de amparo, sino principios rectores de la política social.

Lo que justifica una prestación económica de Seguridad Social, como la prestación por nacimiento y cuidado de menor de doce meses, obedece a la pérdida retributiva derivada de la cesación de las obligaciones mutuas derivadas del contrato de trabajo – prestación de servicios y salario– que es el derecho principal; y solo después, si se cumplen el resto de los requisitos para ello, entra en juego el derecho accesorio a la prestación de Seguridad Social. El juicio de igualdad requiere como presupuesto obligado que, como consecuencia de la medida normativa cuestionada, se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas y, por otra parte, que las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables. Solo una vez verificado uno y otro presupuesto, resulta procedente entrar a determinar la licitud constitucional o no de la diferencia de trato que se discute.

(ii) En relación con el primer motivo de amparo (desigualdad entre madres biológicas de familias monoparentales y madres biológicas de familias biparentales, con vulneración del primer inciso del art. 14 CE en relación con el art. 39 CE), la letrada de la administración de la Seguridad Social afirma que el Sistema de la Seguridad Social y sus prestaciones son de estricta configuración legal. En particular, en materia de prestaciones de la Seguridad Social, el legislador tiene un amplio margen de libertad para configurar el sistema en función de los recursos disponibles para atender las múltiples necesidades sociales, sin que este tribunal, según los precedentes que cita, pueda interferir con decisiones susceptibles de alterar el equilibrio económico financiero del conjunto del sistema, salvo que la diferencia de tratamiento esté desprovista de toda justificación objetiva o razonable.

En el caso de las familias biparentales, la prestación que corresponde al progenitor respecto a las dieciséis semanas de descanso por nacimiento y cuidado del menor precisa, como condiciones inexcusables, su encuadramiento en la Seguridad Social y cubrir un periodo mínimo de carencia, pues en caso contrario no se le concede, de modo que el interés del menor no puede ser el factor decisivo en esta cuestión, sin que pueda alegarse un trato desigual de ambos tipos de familias, desigualdad que se daría a favor de la recurrente monoparental en el supuesto de las familias biparentales, en que uno de los progenitores no pudiera beneficiarse de las dieciséis semanas adicionales. Sostiene que en nuestro ordenamiento jurídico se ha previsto la existencia de diferentes modelos familiares, contemplando las especiales necesidades que afrontan las familias monoparentales, tanto dentro como fuera del ámbito de la Seguridad Social, y dotándolas de ciertas ventajas respecto a las familias biparentales, de lo que la letrada de la administración de la Seguridad Social cita varios ejemplos. Una valoración de estas circunstancias significa que el trato otorgado a las familias monoparentales ha sido tenido en cuenta por los poderes públicos al objeto de proteger a la familia, de manera que el trato otorgado en el disfrute de los permisos de paternidad y maternidad, y la correlativa prestación por nacimiento y cuidado del menor, a los progenitores monoparentales y biparentales, ha sido debidamente valorado y justificado atendiendo precisamente a la aplicación del principio de igualdad.

Por tales motivos, entiende que no puede tacharse de discriminatoria la norma que reconoce a las madres biológicas de familias monoparentales el derecho a suspender el contrato de trabajo por causa de nacimiento y cuidado del menor durante un periodo de dieciséis semanas y, en consecuencia, la percepción del subsidio de maternidad anejo a

ese periodo, no estando justificado desde ningún punto de vista, ni siquiera el del interés superior del menor, incrementar ese periodo con el que le correspondería al otro progenitor, ausente en estos casos. Y concluye que, desde el punto de vista laboral, el ordenamiento jurídico prevé y debe prever otras soluciones coherentes con las políticas que intentan evitar las consecuencias negativas del estereotipo de género.

(iii) Respecto al segundo motivo de amparo (discriminación directa por circunstancias personales y familiares, con vulneración del segundo inciso del art. 14 CE en relación con el art. 39 CE), para la alegante la libre decisión de una persona que opta por formar una familia monoparental no resulta vulnerada por la circunstancia de que el legislador haya dotado a este tipo de familias de una protección distinta a la de las familias biparentales, tanto en el ámbito laboral, referido al periodo de suspensión del contrato de trabajo, con clara repercusión en la organización de las empresas, como en el ámbito prestacional de Seguridad Social, con afectación también del equilibrio económico financiero del sistema.

En relación con el ámbito laboral, no resulta igual para un empresario asumir que una trabajadora suspenda su relación laboral treinta y dos semanas en lugar de dieciséis. Además, de cara al empleo y la ocupación, el establecimiento de un permiso de mayor duración en favor de las progenitoras en las familias monoparentales, podría producir una clara desventaja en la contratación de estas mujeres que ahondaría en el estereotipo de género, de manera que se produciría un efecto contrario al pretendido por la norma, al incrementar el sobrecoste que puede suponer para un empleador contratar a una mujer en comparación con el hombre, socavando el fin pretendido de igualdad efectiva entre ambos sexos y los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

Y en relación con el ámbito prestacional, la asunción por el Sistema público de Seguridad Social del pago de dieciséis semanas de prestación relacionadas con la correspondiente cotización, no es igual que la asunción del pago de prestación durante veintiocho semanas, por el mismo esfuerzo contributivo que por el que se abonan las dieciséis. Y ello al margen de que la base reguladora de la prestación en los casos de familias biparentales se calcula sobre las bases de cotización de cada uno de los progenitores, siendo así que, en la interpretación postulada por la recurrente, la base reguladora es calculada sobre las bases de cotización de la solicitante, siendo mayoritariamente máximas las bases de cotización del progenitor monoparental que reclama este aumento del periodo prestacional.

(iv) Y por lo que se refiere al tercer motivo de amparo (discriminación indirecta por razón de sexo, con vulneración del segundo inciso del art. 14 CE en relación con el art. 9.2 CE), arguye la letrada de la administración de la Seguridad Social que, si se reconociera un mayor número de semanas a una mujer de una familia monoparental, existiría una clara discriminación respecto a las mujeres en las familias biparentales, toda vez que estas últimas disfrutarían de menos semanas que las primeras. Y en el mismo sentido, si se reconociera este derecho a la mujer de familia monoparental habría que reconocer el mismo derecho al hombre de una familia monoparental, lo cual sería contrario a la finalidad de la norma, que prevé expresamente que, en caso de fallecimiento de la madre biológica, el otro progenitor tiene derecho solo a dieciséis semanas, sin poder incrementar más el periodo.

En cuanto al interés de la menor, a su juicio no resulta tampoco afectado por el criterio adoptado en este caso. Si bien pudiera ser cierto que para un menor la atención y apego de los dos progenitores puede resultar más beneficioso, eso no supone que deba ser necesariamente protegido por el Sistema de Seguridad Social, salvo en circunstancias excepcionales, como en los supuestos en que no se encuentra protegido el progenitor que no está afiliado o en alta, sea el padre o la madre, o no se encuentra protegido al mismo nivel de duración y cuantía de la prestación el progenitor que no reúne el periodo de cotización exigido. Las familias, sean biparentales o monoparentales, no son las titulares de los derechos, siéndolo única y exclusivamente las personas, que

con plena libertad pueden adoptar las decisiones vitales que consideren pertinentes con las consecuencias jurídicas que les sean de aplicación.

Señala asimismo que el apego a los menores no se protege con estar las veinticuatro horas pendientes y sin separación de ellos después de las primeras dieciséis semanas de vida, sino cuando el progenitor responde a las necesidades físicas y emocionales del niño, y tiene la capacidad de entender sus necesidades en sí mismas.

Por lo expuesto, la letrada de la administración de la Seguridad solicita la desestimación del amparo solicitado.

10. El Ministerio Fiscal presentó escrito de alegaciones el 27 de noviembre de 2024 en el que, luego de resumir los antecedentes relevantes del caso y los términos del recurso de amparo, invoca la STC 140/2024, de 6 de noviembre, dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 6694-2023, que ha establecido una doctrina constitucional específica para la cuestión debatida en el presente recurso de amparo, al declarar inconstitucionales los arts. 48.4 LET y 177 LGSS, precisamente por la vulneración del derecho establecido en el art. 14 CE en relación con el art. 39 CE que se alega en el presente recurso, y ha establecido, mientras el legislador no reforme dichos artículos, una interpretación provisional acorde a la Constitución de la normativa sobre suspensión del contrato de trabajo y prestación de la Seguridad Social anudada a la misma, todo lo cual es directamente aplicable al presente recurso. La citada sentencia de este tribunal establece una interpretación provisional para que la aplicación de los preceptos declarados inconstitucionales, que no los declara nulos, no siga produciendo una vulneración del art. 14 CE.

En aplicación de este criterio constitucional, el fiscal considera que procede la estimación del amparo, pues al aplicar los mencionados artículos, recientemente declarados inconstitucionales, la sentencia del Tribunal Supremo que se impugna ha producido la discriminación prohibida por el art. 14.1 CE, tanto de la demandante de amparo por constituir a una familia monoparental (por razón del modelo de familia), como del hijo por razón de nacimiento, por haber nacido en una familia monoparental. El motivo de la vulneración del art. 14 CE es el derecho a la no discriminación, porque la regulación cuestionada (art. 48.4 LET en relación con el 177 LGSS) provoca una desigualdad de trato perjudicial para los menores nacidos en familias monoparentales, frente a los nacidos en familias biparentales, en cuanto al menor tiempo del que disponen las familias monoparentales, al estar formadas por un único progenitor, para destinarlo al cuidado del hijo de hasta doce meses de edad, debida a la regulación de la suspensión del contrato de trabajo (art. 48.4 LET).

Como la duración de la prestación del art. 177 LGSS objeto la reclamación en el proceso laboral está vinculada a la suspensión del contrato de trabajo por el nacimiento y cuidado del hijo de hasta doce meses que establece el art. 48.4 LET, el fiscal afirma que al denegar la ampliación de la prestación confirmando las resoluciones del INSS en aplicación de los preceptos que han sido declarados inconstitucionales, la decisión resulta inconstitucional y por tanto nula.

Por lo expuesto, el fiscal considera que procede estimar parcialmente el recurso por vulneración del derecho a no ser discriminado: el de la demandante por su pertenencia a una familia monoparental, y el de su hija por razón de nacimiento en la misma; y declarar la nulidad de la sentencia núm. 1136/2023 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, dejando firme la sentencia núm. 255/2022, de 8 de abril, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, al tener en cuenta que la argumentación de vulneración del art. 14 CE y la interpretación del art. 48.4 LET en relación con el art. 177 LGSS que realiza la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, es coincidente con la de la STC 140/2024, por lo que el fiscal entiende que la sentencia dictada en suplicación no ha vulnerado el derecho a la no discriminación de la demandante de amparo y de su hijo.

11. Por providencia de 9 de enero de 2025 se señaló para la deliberación y votación de la presente sentencia el día 13 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. Objeto del recurso.

El objeto del presente proceso es dilucidar si las resoluciones impugnadas han ocasionado una discriminación por razón de nacimiento, contraria al art. 14 CE, en relación con el art. 39 CE, al aplicar el art. 48.4 LET, en relación con el art. 177 LGSS, en la redacción dada a los mismos por 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 y la ocupación.

2. Sobre la especial trascendencia de la cuestión planteada y su justificación en la demanda.

A tenor de la fundamentación de la demanda de amparo y del debate planteado y resuelto en la vía judicial previa sobre el alcance y contenido de los arts. 48.4 LET y 177 LGSS, el presente recurso de amparo fue admitido a trámite tras apreciar que la posible vulneración del derecho fundamental que se denuncia pudiera provenir de la ley [STC 155/2009, FJ 2. letra c)], en tanto las decisiones administrativas y judiciales cuestionadas justificaban en cada caso la desestimación de la pretensión planteada en el tenor literal de la regulación jurídica aplicable y aplicada al caso.

La letrada de la administración de la Seguridad Social cuestiona en sus alegaciones que la demandante haya justificado de forma debida la especial trascendencia constitucional de la cuestión planteada en la demanda de amparo. Sin embargo, tal objeción no puede ser compartida como óbice procesal que conllevaría la inadmisión de la demanda pues, a través de dicha alegación, no se hace sino discrepar de la fundamentación que justifica la queja, anticipando el representante de la administración que no se ha producido vulneración alguna del derecho a la igualdad ante la ley sin que haya lugar a discriminación. Este argumento habrá de ser analizado al resolver la cuestión de fondo lo que, cabe anticipar, se hará en los mismos términos en que ha sido expresado por el Pleno del Tribunal Constitucional en la reciente STC 140/2024, de 6 de noviembre, a la que, por coincidir su objeto, habremos de remitirnos.

3. Aplicación de la doctrina constitucional fijada en la STC 140/2024, de 6 de noviembre.

La cuestión de fondo planteada en este recurso de amparo es coincidente con la resuelta por la STC 140/2024, de 6 de noviembre, por lo que debemos remitirnos a sus fundamentos jurídicos, en los que respectivamente expusimos la evolución de la doctrina constitucional sobre la protección por nacimiento y cuidado del menor (FJ 3), el alcance de las obligaciones que se imponen al legislador en relación con la regulación de los permisos por nacimiento y cuidado de menor (FJ 4), la prohibición de discriminación por razón de nacimiento en familia monoparental (FJ 5) y la legitimidad constitucional de la diferencia de trato basada en el nacimiento en familia monoparental (FJ 6), al tiempo que precisamos el alcance de la declaración de inconstitucionalidad realizada (FJ 7).

La STC 140/2024, de 6 de noviembre, estimando la cuestión de inconstitucionalidad planteada, declaró inconstitucionales –sin nulidad– los arts. 48.4 LET y 177 LGSS, al apreciar que pese al amplio margen de libertad en la configuración del sistema de Seguridad Social que nuestra Constitución reconoce al legislador, sin embargo, «una vez configurada una determinada herramienta de protección de las madres y los hijos (art. 39 CE), 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» (FJ 6).

Los arts. 48.4 LET y 177 LGSS, al no prever la posibilidad de que, en circunstancias como las que concurren en el presente caso, «las madres biológicas de familias monoparentales, trabajadoras por cuenta ajena, puedan ampliar su permiso por nacimiento y cuidado de hijo más allá de dieciséis semanas, disfrutando del permiso (y también de la correspondiente prestación económica de la Seguridad Social) que se reconocería al otro progenitor, en caso de existir, generan *ex silentio* una discriminación por razón de nacimiento de los niños y niñas nacidos en familias monoparentales, que es contraria al art. 14 CE, en relación con el art. 39 CE, en tanto esos menores podrán disfrutar de un período de cuidado de sus progenitores significativamente inferior a los nacidos en familias biparentales» (FJ 6).

En consecuencia, debe estimarse la demanda y otorgar el amparo solicitado, con nulidad de las resoluciones impugnadas y, como concretamos en la referida STC 140/2024, de 6 de noviembre, FJ 7, en tanto el legislador no lleve a cabo la consiguiente reforma normativa, en las familias monoparentales el permiso a que hace referencia el art. 48.4 LET, y en relación con 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, que necesariamente deben disfrutarse de forma ininterrumpida e inmediatamente posterior al parto).

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación española, ha decidido estimar el recurso de amparo interpuesto por doña Eva Ordax Cano y, en su virtud:

1.º Declarar que ha sido vulnerado el derecho fundamental a la igualdad ante la ley sin discriminación por razón de nacimiento (art. 14 CE).

2.º Restablecer a la demandante de amparo en su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad de las resoluciones dictadas por la Dirección Provincial de Cantabria del INSS de fechas 10 de septiembre de 2021 y 18 de octubre de 2021, la sentencia núm. 24/2022, de 31 de enero, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 4 de Santander en el procedimiento de Seguridad Social núm. 875-2021, la sentencia núm. 255/2022, de 8 de abril, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, dictada en el recurso de suplicación núm. 234-2022; el auto de 23 de mayo de 2023, dictado por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en el recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 2814-2022 y la sentencia núm. 1136/2023, de 12 de diciembre, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en el citado el recurso de casación para la unificación de doctrina.

3.º Retrotraer las actuaciones al momento previo al dictado de la resolución de la Dirección Provincial de Cantabria del INSS de fecha 10 de septiembre de 2021, a fin de que, en los términos expuestos en el último párrafo del fundamento jurídico 3, se dicte otra respetuosa con el derecho de la recurrente cuya vulneración ha sido declarada.

Publíquese esta sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a trece de enero de dos mil veinticinco.—Cándido Conde-Pumpido Tourón.—Ricardo Enríquez Sancho.—Concepción Espejel Jorquera.—María Luisa Segoviano Astaburuaga.—Juan Carlos Campo Moreno.—José María Macías Castaño.—Firmado y rubricado.