

SECCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

5735 *Sala Primera. Sentencia 38/2025, de 10 de febrero de 2025. Recurso de amparo 2149-2024. Promovido por doña Itsaso González Ibirriaga 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 la igualdad sin 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:2025:38

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. 2149-2024, promovido por doña Itsaso González Ibirriaga, representada por la procuradora de los tribunales doña María Esperanza Azpeitia Calvín, y asistida por la letrada doña Helena Unanue Agirretxe, contra las resoluciones administrativas del Instituto Nacional de la Seguridad Social denegatorias de la solicitud de ampliación de la prestación por nacimiento y cuidado de hija menor a la madre biológica de familia monoparental, confirmadas por sentencia núm. 321/2024, de 21 de febrero, de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, estimatoria del recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 576-2023 formalizado por la entidad gestora de la Seguridad Social contra la sentencia núm. 2547/2022, de 12 de diciembre, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, estimatoria del recurso de suplicación núm. 2057-2022 interpuesto por la demandante contra la sentencia núm. 146/2022, de 11 de abril, del Juzgado de lo Social núm. 4 de Donostia-San Sebastián desestimatoria de la demanda, recaída en procedimiento especial de Seguridad Social, autos núm. 168-2022, promovido por la demandante de amparo contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social. Han intervenido la letrada de la Administración de la Seguridad Social, y el Ministerio Fiscal. Ha sido ponente el presidente, don Cándido Conde-Pumpido Tourón.

I. Antecedentes

1. El 26 de marzo de 2024, la procuradora de los tribunales doña María Esperanza Azpeitia Calvín, bajo la dirección de la letrada de doña Helena Unanue Agirretxe, interpuso recurso de amparo en nombre de la recurrente, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2024, estimatoria del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Instituto Nacional de la

Seguridad Social (INSS), que desestima la pretensión de la demandante y confirma las resoluciones administrativas denegatorias de la ampliación del permiso por nacimiento y cuidado de hija solicitado por la madre biológica, de familia monoparental.

2. El presente recurso de amparo trae causa de los siguientes antecedentes:

a) La recurrente en amparo es madre biológica de una menor, Maren, nacida el 22 de diciembre de 2021, con la que constituye una familia monoparental, al ser soltera y única progenitora, según consta en el registro civil. La Dirección Provincial del INSS de Guipúzcoa dictó resolución el día 22 de diciembre de 2021, por la que le reconoció el derecho a disfrutar de un permiso por nacimiento y cuidado de su hija de una duración de dieciséis semanas, con efectos económicos para el periodo comprendido entre el 22 de diciembre de 2021 y el 12 de abril de 2022 y con la prestación correspondiente del 100 por 100 de la base reguladora diaria reconocida.

El 30 de diciembre de 2021 la recurrente presentó ante la entidad gestora un escrito en el que solicitaba la ampliación del permiso y prestación por otras dieciséis semanas, alegando que era para el cuidado de la menor en igualdad de condiciones que el resto de las familias, pues la estructura familiar no puede suponer discriminación alguna. Su petición fue denegada por resolución del INSS de 17 de enero de 2022. La actora interpuso reclamación previa, que fue igualmente desestimada en resolución del INSS de 25 de enero de 2022, que se fundaba en que la legislación vigente no preveía la ampliación en las semanas que corresponderían al otro progenitor en caso de familia monoparental.

b) La actora interpuso demanda contra el INSS y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) ante los juzgados de lo social de Donostia-San Sebastián, en la que invocó la vulneración del derecho de igualdad por discriminación (art. 14 CE) al negar el INSS la ampliación del permiso solicitado, tramitándose el procedimiento especial de Seguridad Social núm. 168-2022 ante el Juzgado de lo Social núm. 4 de Donostia-San Sebastián, que dictó la sentencia núm. 146/2022, de 11 de abril, en la que desestimó íntegramente la demanda, negando el derecho de la madre biológica a la ampliación del permiso en las dieciséis semanas adicionales que habrían correspondido al otro progenitor por considerar que el permiso regulado en el art. 48.4 del texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores (LET) es un derecho al descanso individual e intransferible de cada progenitor; argumenta asimismo que su denegación no implica forma alguna de discriminación pues se trata de comparar situaciones que son diferentes.

c) Disconforme con la decisión del juzgado de lo social, la actora interpuso recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, que en autos núm. 2057-2022 dictó la sentencia núm. 2547/2022, de 12 de diciembre, en la que, estimando íntegramente el recurso y, con ello, la pretensión de la recurrente, revocó la sentencia de instancia y reconoció su derecho a una ampliación por otras dieciséis semanas de la prestación por nacimiento y cuidado de su hija.

Considera la Sala que la ampliación del permiso es exigible desde la perspectiva de la protección del menor y de la igualdad de la mujer en el seno de una familia monoparental, al tiempo que reitera su doctrina de que en caso de familia monoparental no procede compensar las seis semanas que en las familias biparentales son de disfrute simultáneo por ambos progenitores, remitiéndose al criterio fijado en su «plenillo» de 13 de septiembre de 2022.

d) Contra esta sentencia el INSS formalizó recurso de casación para la unificación de doctrina que fue admitido a trámite y resuelto por sentencia núm. 321/2024, de 21 de febrero, de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, recurso núm. 576-2023, que lo estimó. En consecuencia, el Tribunal Supremo casó y anuló la sentencia dictada en suplicación y, asumiendo la instancia, desestimó el recurso de suplicación, confirmando y declarando la firmeza de la sentencia de 11 de abril de 2022 dictada por el Juzgado de lo Social núm. 4 de Donostia-San Sebastián que, a su vez, había confirmado las resoluciones administrativas que habían denegado la ampliación del permiso.

La sentencia de casación se atiende, por razones de seguridad jurídica, a la doctrina fijada por la sentencia de Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, núm. 169/2023, de 2 de marzo, recaída en el recurso para la unificación de doctrina núm. 3972-2020 (ECLI:ES:TS:2023:783), y las que la siguen, y declara que la función de jueces y tribunales es la interpretación y aplicación de la norma y no la creación del Derecho; que lo pretendido por la actora en la instancia solo le corresponde al legislador, no pudiendo ser suplida su función por resoluciones judiciales, ya que eso supondría modificar el régimen prestacional de la Seguridad Social y la regulación de la suspensión del contrato de trabajo por causas no previstas en la ley. Razona la Sala que la norma impugnada no es contraria a la Constitución, sino expresión de la voluntad legislativa tendente al cumplimiento estricto y completo de los principios que rigen esta materia. Añade que no solo es el interés del menor el que está en juego, sino que el derecho de los hijos de las familias monoparentales a ser cuidados en condiciones de igualdad con respecto a los de las biparentales exige tener en cuenta que en estas la prestación del otro progenitor (que en las monoparentales no existe) precisa del alta en la Seguridad Social y cubrir un periodo mínimo de carencia. Por último, considera la sentencia que la perspectiva de género resulta determinante porque lo que se pide se sitúa en el ámbito de la creación del Derecho, y en el caso se estaría ante un eventual déficit de protección querido y consentido por el legislador. Resuelve en definitiva este caso con la misma doctrina aplicada en supuestos anteriormente resueltos, y sustancialmente iguales, añadiendo que desestimar el recurso del INSS y confirmar lo resuelto interferiría sensiblemente en el orden normativo expuesto ya que, en primer lugar, supondría crear una prestación contributiva nueva en favor de los progenitores de familias monoparentales. Afirma que se debe modificar el régimen jurídico de la suspensión por nacimiento y cuidado de hijo prevista en el art. 48.4 LET, lo que sin duda afectará al otro sujeto de la relación contractual, afectando en sus previsiones de sustitución o reorganización de la empresa y que, a salvo de una intervención normativa, no le exime del cumplimiento de las obligaciones de cotización en materia de Seguridad Social.

3. En la demanda de amparo la recurrente invoca la vulneración del derecho de igualdad del art 14 CE, en una triple vertiente: (a) En primer lugar, por trato discriminatorio directo debido a circunstancias personales y familiares por razón de nacimiento, puesto que se está discriminando al menor nacido en una familia monoparental, al contar con menor número de semanas de prestación (se mantiene en dieciséis semanas), produciendo un resultado desproporcionado al reducir hasta su mitad los cuidados de los menores de doce meses. (b) En segundo lugar, por trato discriminatorio, directo también, debido a circunstancias personales y familiares causadas a la recurrente con claro efecto peyorativo, resultante de su decisión personal de formar una familia monoparental, es decir, de su condición familiar tomada en el ejercicio del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), alcanzando ese resultado discriminatorio a su hija menor. Dicho criterio diferenciador resulta absolutamente irrazonable y carente de causa objetiva que lo justifique. (c) Por último, por vulneración además del derecho fundamental de la demandante a no padecer discriminación indirecta por razón de sexo, del art. 14 CE, segundo inciso, en relación con el art. 9.2 CE, por constituir una familia monoparental donde en su mayoría, estadísticamente, el progenitor es una mujer, perjudicando sin una justificación objetiva y razonable.

Las resoluciones administrativas y judiciales recurridas, sigue diciendo la demanda, han ocasionado una desigualdad provocando un daño desproporcionado en su deber constitucional de cuidado y en el derecho a la protección de la hija recién nacida de la recurrente, de conformidad con los acuerdos internacionales en la materia (lesión del art. 14 CE en relación con el art. 39, apartados 1, 3 y 4 CE).

4. Por providencia de 9 de septiembre de 2024, la Sección Primera de este Tribunal Constitucional acordó admitir a trámite la demanda de amparo, al apreciar que concurre una especial trascendencia constitucional [art. 50.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTCC)], toda vez 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 previsto en el art. 51 LOTC, dispuso requerir a la Sala de lo Social del Tribunal Supremo y a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, a fin de que, en el plazo que no excediera de diez días, remitiesen certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 576-2023 y al recurso de suplicación núm. 2057-2022, respectivamente. Asimismo, acordó dirigir atenta comunicación al Juzgado de lo Social núm. 4 de Donostia-San Sebastián a fin de que, en plazo que no excediera de diez días, remitiese certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes a los autos núm. 168-2022, procedimiento especial de Seguridad Social sobre prestación por nacimiento, emplazando a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, excepto la parte recurrente en amparo, para que, si lo deseaban, pudieran comparecer en el presente recurso.

5. Mediante escrito presentado el día 15 de octubre de 2024, la letrada de la administración de la Seguridad Social, actuando en nombre y representación del INSS y la TGSS, interesó su personación en el presente recurso de amparo.

6. Por diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia de la Sala Primera de este tribunal, de 21 de octubre de 2024, se tuvieron por recibidos los testimonios de actuaciones remitidos por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco y por el Juzgado de lo Social núm. 4 de Donostia-San Sebastián y se acordó: (i) Tener por personada y parte en el presente procedimiento a la letrada de la administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del INSS. (ii) Asimismo, de conformidad con lo establecido en el art. 52.1 LOTC, dar vista de las actuaciones en la sede electrónica de este tribunal a la recurrente, al Ministerio fiscal y a la parte personada, por plazo común de veinte días, para que pudieran presentar las alegaciones que estimaran pertinentes.

7. El 18 de noviembre de 2024, la letrada de la Administración de Seguridad Social, en representación del INSS y la TGSS, presentó alegaciones en las que postuló la desestimación del recurso de amparo o, en su caso, una estimación parcial con efectos limitados y bajo determinadas condiciones. Tras resumir los antecedentes del procedimiento de origen, examina la normativa nacional que regula el permiso y prestación por nacimiento y cuidado del menor, arts. 177 y 178 del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social (LGSS) y art. 48.4 LET, así como el art. 49 a), b) y c) del texto refundido de la Ley del estatuto básico del empleado público (TRLEEP), para concluir que las resoluciones administrativas y judiciales que deniegan la ampliación de dicho permiso no representan una discriminación del menor cuando se trata de un menor nacido en el seno de una familia monoparental. No obstante, reconoce que la STC 140/2024, de 6 de noviembre, dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 6694-2023, declaró inconstitucionales los arts. 48.4 LET y 177 LGSS, con el alcance que se señala en su fundamento jurídico 7, por lo que admite que cabría el reconocimiento de la ampliación del permiso, limitado a diez semanas adicionales, tras el agotamiento de las dieciséis primeras semanas, si se supeditara al cumplimiento del resto de los requisitos legalmente establecidos para el percibo de la prestación, entre los que se incluye haber hecho efectivo el descanso, sin prestar servicios por cuenta ajena ni percibir las correspondientes retribuciones.

8. El 19 de noviembre de 2024, la actora presentó escrito de alegaciones en el que solicitaba el otorgamiento del amparo, ratificando su demanda y dando por reproducidas las argumentaciones vertidas en ella.

9. El fiscal ante el Tribunal Constitucional presentó escrito de alegaciones el 20 de diciembre de 2024, en el que interesó la estimación del recurso de amparo.

Tras hacer un detallado resumen del procedimiento laboral y de las alegaciones y fundamentos de la demanda de amparo, examina el fondo de la pretensión a la luz de la STC 140/2024, de 6 de noviembre, que establece una doctrina constitucional específica para esta cuestión, declarando inconstitucional el art. 48.4 LET y el art. 177 LGSS, precisamente por la vulneración del derecho reconocido en el art. 14 CE en relación con el art. 39 CE alegada en el presente recurso. Señala que, tal y como resulta de la remisión del fallo al fundamento jurídico 7 de la propia sentencia, el Tribunal no ha acordado la nulidad de las mencionadas normas legales sino que, en tanto el legislador no proceda a su reforma, fija una interpretación provisional acorde a la Constitución, que afecta tanto a la normativa sobre suspensión del contrato de trabajo allí establecida como a la prestación de la Seguridad Social anudada a dicha suspensión, todo lo cual es directamente aplicable al presente recurso. Considera por ello el fiscal que se ha vulnerado el derecho fundamental de la recurrente y de su hija a la no discriminación por razón de nacimiento aunque matiza, en lo que se refiere al alcance que habría de darse a la estimación del recurso de amparo, que no procede acceder a la retroacción de las actuaciones hasta la primera resolución dictada por el INSS, en tanto que la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en sus argumentaciones sobre la existencia de discriminación o diferencia de trato vulneradora del derecho a la igualdad en el tenor literal del art. 48.4 LET, en relación con el art. 177 LGSS, es coincidente, en lo esencial, con la de la STC 140/2024, de 6 de noviembre, y no ha vulnerado el derecho de la demandante y de su hija. No obstante, repara en que dicha sentencia concede seis semanas más de las establecidas en la STC 140/2024, que no están amparadas por el derecho fundamental de la recurrente, por lo que solicita que la estimación sea parcial, declarando la nulidad de la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo y la retroacción de las actuaciones para que por dicha Sala se dicte una nueva resolución respetando el derecho fundamental vulnerado, según resulta de la doctrina constitucional emanada de la sentencia citada.

10. Por providencia de 6 de febrero de 2025 se señaló para deliberación y votación del presente recurso el día 10 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. Objeto del recurso.

El objeto del presente proceso es dilucidar si la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que, revocando la resolución del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, desestimó la demanda y confirmó las resoluciones administrativas del INSS con absolución de las demandadas, denegando la ampliación del permiso por nacimiento de hija menor en familia monoparental, ha 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. 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 provocada por nacer en familia monoparental (FJ 6), al tiempo que precisamos el alcance de la declaración de inconstitucionalidad realizada (FJ 7).

La citada 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 que 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 administrativas y judiciales dictadas. Como concretamos en nuestra 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, en relación con el art. 177 LGSS, ha de ser interpretado, para evitar la discriminación de los menores recién nacidos y teniendo en cuenta el interés superior de los mismos reconocido constitucionalmente, en el sentido de adicionarse al permiso del primer párrafo para la madre biológica el previsto para el progenitor distinto conforme a la legislación aplicable, excluyendo las semanas 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 la demanda presentada por doña Itsaso González Ibirriaga y, en su virtud:

1.º Declarar vulnerado el derecho fundamental a la igualdad sin que pueda prevalecer discriminación por razón de nacimiento (art. 14 CE).

2.º A los efectos de restablecer el derecho, declarar la nulidad de las siguientes resoluciones: (i) las resoluciones del INSS de 17 y de 25 de enero de 2024, que denegaron la solicitud de la recurrente de la ampliación de su permiso; (ii) la sentencia núm. 146/2022, de 11 de abril, del Juzgado de lo Social núm. 4 de Donostia-San Sebastián, recaída en los autos de seguridad social núm. 168-2022; (iii) la sentencia núm. 2547/2022, de 12 de diciembre, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, dictada en el recurso de suplicación núm. 2057-2022; y (iv) la sentencia núm. 321/2024, de 21 de febrero, de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, estimatoria del recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 576-2023.

3.º Retrotraer las actuaciones al momento previo al dictado de las resoluciones administrativas mencionadas en el apartado anterior, para que el Instituto Nacional de la Seguridad Social dicte resolución expresa que resulte ser respetuosa con el derecho fundamental reconocido a la recurrente, con el alcance fijado en el último párrafo del fundamento jurídico 2 de esta sentencia.

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

Dada en Madrid, a diez de febrero 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.