

SECCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

5736 *Sala Primera. Sentencia 39/2025, de 10 de febrero de 2025. Recurso de amparo 3366-2024. Promovido por doña Elena Rocío San Martín Téllez 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:2025:39

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. 3366-2024, promovido por doña Elena Rocío San Martín Téllez, representada por la procuradora de los tribunales doña Alicia Suau Casado y asistida por la letrada doña Aida Casanova Pérez, contra el auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 2 de abril de 2024, que inadmitió el recurso de casación para unificación de doctrina núm. 3626-2023 que interpuso contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 591/2023, de 16 de junio, dictada en el recurso de suplicación núm. 131-2023, que revocó la ampliación de diez semanas del permiso por nacimiento y cuidado de su hija que le fue reconocida en sentencia núm. 358/2022, de 21 de diciembre, del Juzgado de lo Social núm. 22 de Madrid, dictada en los autos de Seguridad Social núm. 1004-2022, al revisar la resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 7 de octubre de 2022 que le había denegado dicha ampliación. Han intervenido en el procedimiento de amparo 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 9 de mayo de 2024, la procuradora de los tribunales doña Alicia Suau Casado, en nombre de la recurrente y bajo la dirección de la letrada doña Aida Casanova Pérez, interpuso recurso de amparo contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 591/2023, de 16 de junio, que estimando el recurso de suplicación interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) confirmó las resoluciones administrativas que denegaron a la actora la ampliación del permiso por nacimiento y cuidado de hija que había solicitado por constituir una familia

monoparental. Esta sentencia devino firme tras la inadmisión del recurso de casación para la unificación de doctrina por auto de 2 de abril de 2024 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

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

a) A la recurrente en amparo, madre biológica de una niña nacida el 15 de septiembre de 2022, que constituye una familia monoparental al ser única progenitora de la menor y de estado civil soltera, la Dirección Provincial del INSS, en resolución dictada el 24 de septiembre de 2022, le reconoció una prestación por nacimiento y cuidado de hijo de una duración de dieciséis semanas, cuyos efectos económicos se extenderían en el periodo comprendido entre el 15 de septiembre de 2022 y el 4 de enero de 2023.

El 25 de septiembre de 2022 la actora presentó escrito a la entidad gestora de la Seguridad Social solicitando la ampliación de la prestación en las dieciséis semanas que hubieran correspondido, conforme al art. 48.4 del texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores (LET), al progenitor distinto de la madre biológica, alegando que dicha ampliación tenía por fin el cuidado de la menor en igualdad de condiciones que las familias biparentales. El INSS desestimó esta solicitud por resolución de 7 de octubre de 2022, aduciendo que el objeto de la reclamación no estaba contemplado en la normativa reguladora de la prestación. El 8 de noviembre de 2022 la actora presentó reclamación previa en la que manifestó su disconformidad con la anterior decisión y reprodujo los términos de su petición de ampliación. Esta reclamación no le fue contestada.

b) La actora interpuso demanda contra el INSS y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) que fue turnada al Juzgado de lo Social núm. 22 de Madrid, autos núm. 1004-2022. Alegaba, en esencia, que la decisión de denegarle la ampliación de la prestación redundaba en discriminación, proscrita en el art. 14 CE, tanto para su hija como para las familias monoparentales, partiendo del dato de que en su mayoría estaban encabezadas por mujeres. El juzgado de lo social dictó sentencia el 21 de diciembre de 2022 en la que, estimando parcialmente su pretensión, le reconoció el derecho a una ampliación del permiso en diez semanas, condenando a las entidades demandadas a estar y pasar por dicho pronunciamiento, con todos los efectos inherentes al mismo.

La sentencia, después de citar la normativa nacional e internacional aplicable, se remite, con reproducción parcial de algunos de sus fundamentos jurídicos, a las sentencias núm. 939/2022, de 28 de octubre (ECLI:ES:TSJM:2022:12412), y 666/2022, de 8 de julio (ECLI:ES:TSJM:2022:8946), de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que, a su vez, recoge los fundamentos jurídicos de la sentencia de 6 de octubre de 2020 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (ECLI:ES:TSJPV:2020:396) en supuesto idéntico al planteado. La juzgadora, tras analizar exhaustivamente la legislación sobre estos permisos, art. 177 del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social (LGSS) en relación con el art. 48.4, 5 y 6 LET y art. 49 a), b) y c) del texto refundido de la Ley del estatuto básico del empleado público (TRLEEP), tras la redacción dada por el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, hace suyos los razonamientos de las sentencias citadas concluyendo que procede acoger, si bien parcialmente, la pretensión de la demandante, reconociéndole el derecho a la ampliación de la prestación y permiso por nacimiento y cuidado de su hija de diez semanas adicionales a las ya reconocidas por la administración.

c) Las entidades demandadas, el INSS y la TGSS, interpusieron contra esta sentencia recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, recurso núm. 131-2023, que dictó la sentencia núm. 591/2023, de 16 de junio, que estimando el recurso revocó la sentencia del juzgado de lo social y desestimó íntegramente la demanda de la actora, absolviendo a las demandadas. La sentencia se atiene a la doctrina fijada por la sentencia de Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:783) en la que se declara que la función de jueces y tribunales es la interpretación y aplicación de la norma y no la creación del Derecho y 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. Concluye 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. No solo es el interés del menor el que está en juego, también el derecho de los hijos de las familias monoparentales a ser cuidados en condiciones de igualdad con respecto a los de las biparentales, lo que 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. 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.

d) Formalizado por la actora recurso de casación para unificación de doctrina, núm. 3626-2023, contra la sentencia de suplicación, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo dictó auto el 2 de abril de 2024 que lo inadmitió por falta de interés casacional, declarando la firmeza de la sentencia impugnada.

3. En la demanda de amparo la recurrente invoca la vulneración del derecho de igualdad del art 14 CE, en relación con el art. 39 CE, en una triple vertiente: (a) por discriminación directa por desigualdad entre madres y menores integrantes de familias monoparentales y los de familias biparentales; (b) por discriminación directa por circunstancias personales y familiares que resulta de su decisión de formar una familia monoparental, es decir, de su condición familiar; y (c) porque con dicha negativa se ha provocado una discriminación indirecta por razón de sexo de la recurrente, ya que en su mayoría las familias monoparentales estadísticamente están configuradas por mujeres, perjudicándolas sin justificación objetiva, afectándoles en el ejercicio de su libre autodeterminación de formar familias monoparentales (art. 14 CE, segundo inciso, en relación con el art. 9.2 CE).

En atención a ello, la demanda de amparo solicita que se declare la nulidad de las resoluciones administrativas del INSS, de 7 de octubre de 2022, denegatoria de la ampliación del permiso y prestación por nacimiento y cuidado de la menor, y la desestimatoria presunta por silencio administrativo tras la interposición de la reclamación previa. Asimismo, suplica se declare la nulidad de las resoluciones judiciales dictadas en el procedimiento: sentencia núm. 591/2023, de 16 de junio, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictada en el recurso de suplicación núm. 131-2023, y auto de 2 de abril de 2024 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de inadmisión del recurso de casación para unificación de doctrina núm. 3626-2023.

4. Por providencia de 21 de octubre 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 (LOTIC)], 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 LOTIC dispuso requerir a la Sala de lo Social del Tribunal Supremo y a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 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. 3626-2023, y al recurso de suplicación núm. 131-2023 respectivamente. Asimismo, acordó dirigir atenta comunicación al Juzgado de lo Social núm. 22 de Madrid 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. 1004-2022, 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 12 de noviembre de 2024, el letrado 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 28 de noviembre 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 de Madrid y por el Juzgado de lo Social núm. 22 de Madrid y el escrito del letrado de la administración de la Seguridad Social y: (i) acordó tener por personado y parte en el presente procedimiento al letrado de la administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del INSS y la TGSS; (ii) asimismo, de conformidad con lo establecido en el art. 52.1 LOTC, se dispuso a 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. A través de escrito presentado el 10 de diciembre 2024, el letrado de la administración de Seguridad Social formuló alegaciones en representación del INSS y la TGSS, postulando en principio la desestimación del recurso de amparo aunque subsidiariamente, para el caso de estimación, postula una limitación del número de semanas adicionales de permiso que cabría reconocer. Tras identificar la normativa nacional que regula el permiso y prestación por nacimiento y cuidado del menor, arts. 177 y 178 LGSS y 48.4 LET, así como el art. 49 a), b) y c) TRLEEP, el escrito de alegaciones hace cita de doctrina constitucional para concluir que, en este caso, las resoluciones administrativas denegatorias de la ampliación, confirmadas finalmente por la jurisdicción, no supusieron realmente una discriminación de la menor nacida en una familia monoparental. Reconoce, no obstante, que la reciente STC 140/2024, de 6 de noviembre, estimatoria de la cuestión de inconstitucionalidad núm. 6694-2023, ha declarado inconstitucional el art. 48.4 LET y el art. 177 LGSS, con el alcance que señala en su fundamento jurídico 7, aunque matiza que para el disfrute del permiso es preciso el cumplimiento del resto de los requisitos legalmente establecidos, entre los que se incluye haber hecho efectivo el descanso, sin prestar servicios por cuenta ajena ni percibir las correspondientes retribuciones. Solicita por ello la desestimación del recurso de amparo y que, en caso de estimarse, el incremento de la duración del permiso y la prestación, tras el agotamiento de las primeras dieciséis semanas, no exceda de diez semanas adicionales.

8. La fiscal ante el Tribunal Constitucional presentó escrito el 18 de diciembre de 2024, en el que vierte sus alegaciones interesando la estimación parcial del recurso de amparo. Tras resumir los antecedentes más relevantes del procedimiento laboral y los fundamentos y alegaciones del recurso de amparo, aduce que no es necesario hacer referencia a la doctrina general sobre el derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo, por ser sobradamente conocida y porque la STC 140/2024, de 6 de noviembre, ha establecido una doctrina constitucional específica para esta cuestión, al declarar inconstitucional el art. 48.4 LET y el art. 177 LGSS por vulneración del derecho reconocido en el art. 14 CE en relación con el art. 39 CE. Considera que la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y el auto de inadmisión del Tribunal Supremo, al aplicar dichos preceptos, han incurrido en la discriminación prohibida por el art. 14.1 CE, tanto de la demandante de amparo, por constituir una familia monoparental, como de su hija, por razón de nacimiento. Con arreglo al criterio adoptado en la citada STC 140/2024, descontadas las seis semanas de disfrute conjunto por los progenitores, la reparación del derecho ha de concretarse en el disfrute de diez semanas de prestación adicionales. Considera asimismo que en este caso no procede la retroacción de las actuaciones hasta la primera resolución dictada por el INSS, bastando con declarar la nulidad de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 16 de junio, y del auto de inadmisión del recurso de casación para unificación de doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 2 de abril

de 2024, declarando la firmeza de la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 22 de Madrid, que ha resuelto la pretensión de la demandante de amparo de forma coincidente, en lo esencial, con la STC 140/2024, de 6 de noviembre.

9. La recurrente presentó escrito el 7 de enero de 2025 ratificando la pretensión de la demanda de amparo, dando por reproducidas las argumentaciones vertidas en ella sobre los motivos de fondo del asunto, suplicando se dicte sentencia otorgando el amparo pretendido por la demandante.

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 Superior de Justicia de Madrid, al revocar la sentencia del juzgado de lo social en la que, como consecuencia de la estimación parcial de la demanda interpuesta por la ahora recurrente en amparo contra las decisiones, expresa y presunta, de la entidad gestora, declaró su derecho a que se le ampliase en diez semanas adicionales el permiso por nacimiento y cuidado de su hija, así como el auto de inadmisión del recurso de casación para la unificación de doctrina, que determinó la firmeza de aquella, 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. 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, procede la estimación de la demanda y el otorgamiento del amparo solicitado, con los efectos que se indicarán más adelante, pues 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 él, la prestación regulada en el art. 177 LGSS), ha de ser interpretado en el sentido de adicionarse al permiso del primer párrafo para la madre biológica el previsto para progenitor distinto conforme a la legislación aplicable, excluyendo las semanas que necesariamente deben disfrutarse de forma ininterrumpida e inmediatamente posterior al parto.

La estimación de la demanda, de conformidad con lo expuesto por el Ministerio Fiscal, ha de conllevar la declaración de nulidad del auto de 2 de abril de 2024 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo y de la sentencia de 16 de junio de 2023 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, así como la declaración de firmeza de la sentencia de 21 de diciembre de 2022 del Juzgado de lo Social núm. 22 de Madrid.

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 de amparo presentada por doña Elena Rocío San Martín Téllez y, a tal fin:

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

2.º Restablecer en amparo dicho derecho y, a tal fin, declarar la nulidad de la sentencia núm. 591/2023, de 16 de junio, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictada en el recurso de suplicación núm. 131-2023, y del auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 2 de abril de 2024, que inadmitió el recurso de casación para unificación de doctrina núm. 3626-2023.

3.º Declarar la firmeza de la sentencia núm. 358/2022, de 21 de diciembre del Juzgado de lo Social núm. 22 de Madrid, dictada en los autos de seguridad social núm. 1004-2022.

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.