

SECCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1322 *Sala Primera. Sentencia 155/2024, de 16 de diciembre de 2024. Recurso de amparo 2068-2024. Promovido por doña Eva María Bueno Flores 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:2024:155

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. 2068-2024, promovido por doña Eva María Bueno Flores, representada por la procuradora de los tribunales doña Gloria María Llorente de la Torre y asistida por la letrada doña María de los Ángeles Calzadilla Gamero, contra las resoluciones del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 3 de agosto y 17 de octubre de 2022, y el silencio administrativo negativo del Servicio Extremeño de Salud, que desestimaron su petición de acumulación al permiso y prestación por nacimiento y cuidado de su hija que le fueron reconocidos, los que hubieran correspondido al progenitor distinto de la madre biológica en el ámbito de una familia monoparental; la sentencia 261/2023, de 19 de septiembre, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 5 de Badajoz en los autos núm. 797-2022, desestimatoria de la demanda interpuesta contra las meritadas resoluciones administrativas, y la sentencia 106/2024, de 23 de febrero, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura en el recurso de suplicación núm. 589-2023, desestimatoria del recurso interpuesto contra aquella sentencia. Han intervenido la letrada de la administración de la Seguridad Social, en nombre del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y de la Tesorería General de la Seguridad Social, la letrada de la Junta de Extremadura y el Ministerio Fiscal. Ha sido ponente el presidente, don Cándido Conde-Pumpido Tourón.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este tribunal el 22 de marzo de 2024 la representante procesal de doña Eva María Bueno Flores, bajo la dirección letrada de doña María de los Ángeles Calzadilla Gamero, interpuso recurso de amparo contra las

resoluciones administrativas y judiciales referidas en el encabezamiento de esta sentencia.

2. Son hechos relevantes para dirimir el presente recurso de amparo los que a continuación se exponen:

a) La señora Bueno Flores, empleada del Servicio Extremeño de Salud (SES) y madre biológica de una niña nacida el 21 de julio de 2022, solicitó el 2 de agosto de 2022 al INSS la prestación por nacimiento y cuidado de la menor, que le fue reconocida por resolución dictada al día siguiente por el periodo de 21 de julio a 9 de noviembre de 2022. El 9 de septiembre de 2022, la señora Bueno Flores interpuso reclamación previa a la vía judicial contra la anterior resolución, y contra el silencio administrativo en que incurrió el SES al no dar contestación a la petición del permiso, solicitando que se acumulara al permiso que le fue reconocido el permiso del otro progenitor distinto de la madre biológica, al formar ella y su hija una familia monoparental. Invocaba la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco núm. 1217/2020 de 6 de octubre (ECLI:ES:TSJPV:2020:396), que reconocía la acumulación de los permisos de maternidad y paternidad a una trabajadora en el ámbito de una familia monoparental interpretando la normativa reguladora bajo el principio de no discriminación y de interés superior del menor. Por resolución de 17 de octubre de 2022 el INSS desestimó esta reclamación.

b) La señora Bueno Flores presentó demanda contra el INSS y el SES en impugnación de sus resoluciones interesando la ampliación del permiso y prestación correspondiente en los términos indicados. La demanda que fue turnada al Juzgado de lo Social núm. 5 de Badajoz y tras el trámite procesal oportuno seguido en los autos núm. 797-2022, resultó íntegramente desestimada en sentencia núm. 261/2023, de 19 de septiembre. Funda el juzgado su decisión en que la cuestión planteada por la demandante había sido unificada en sentido desfavorable a su pretensión por la STS 169/2023, de 2 de marzo (ECLI:ES:TS:2023:783), del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en la que «tras analizar con rigor las exigencias derivadas del Derecho de la Unión Europea, de la Constitución Española y de los acuerdos y tratados internacionales vigentes en España, concluye que la Ley general de la Seguridad Social cumple con todas las exigencias de dicho grupo normativo, y considera, como último apunte, que es al Poder Legislativo y no al Judicial (creando la norma que no existe) a quien corresponde determinar el alcance y contenido de la protección que debe dispensarse a este tipo de familias». En virtud de ello, la sentencia confirmó las resoluciones del INSS de 3 de agosto y de 17 de octubre de 2022 y absolvió a dicho organismo y al SES de todas las pretensiones instadas en su contra.

c) La demandante de amparo interpuso contra esta sentencia recurso de suplicación en el que alegó que la interpretación de la ley verificada en la misma suponía la infracción de preceptos constitucionales, como los arts. 14 y 39 CE, así como de diversas normas nacionales, europeas e internacionales, entre ellas los artículos 3, 4 y 6.2 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres; la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo, en su considerando décimo primero; el art. 1 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de Naciones Unidas de 1979; el artículo 2.2 de la Convención sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, y el artículo 2.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código civil y de la Ley de enjuiciamiento civil; invocaba asimismo la existencia de un vacío en la regulación del artículo 48 del texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre (LET), que generaba desigualdad.

El recurso fue desestimado en la sentencia 106/2024, de 23 de febrero, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura en los autos de suplicación núm. 589-2023. La Sala reitera que la cuestión planteada por la actora en el proceso había sido unificada por la STS 169/2023, de 2 de marzo, concluyendo que el reconocimiento al único progenitor de una familia monoparental de la prestación por nacimiento y cuidado de menor que le hubiera correspondido al otro progenitor en supuestos en los que ya se le ha reconocido dicha prestación propia no resulta una exigencia que derive ni de la Constitución Española, ni de ninguna norma de la Unión Europea, ni de ningún acuerdo o tratado internacional ratificado por España, constituyendo un postulado de *lege ferenda* cuya realización correspondería, llegado el caso, al legislador, no a los tribunales. En cuanto a la protección del menor, dice la Sala, constituye un interés que el legislador debe ponderar de modo conjunto con el resto de los derechos e intereses en juego, señalando que el legislador ha efectuado en este caso la ponderación que ha estimado más oportuna y conveniente, entre las muchas posibles, en función de los recursos financieros disponibles y en atención a la prioridad de las necesidades que un Estado social y democrático de Derecho tiene que atender, concluyendo que no existe una vulneración de un teórico derecho del menor de las familias monoparentales a ser cuidado en condiciones de igualdad con respecto a las biparentales, en las que 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. El interés del menor no ha sido desconocido en la regulación vigente, y no puede ser el único factor decisivo y determinante en esta cuestión.

Añade la Sala que la situación de la actora no constituye el único modelo de familia monoparental que existe, siendo uno más de los múltiples supuestos que pueden darse, señalando, sin ánimo de exhaustividad, la maternidad biológica por inseminación artificial, la derivada de una gestación subrogada, la formada por adopción efectuada por un solo progenitor, la derivada de separación o divorcio, o la derivada del fallecimiento de uno de los progenitores, de modo que tampoco la interpretación con perspectiva de género resulta determinante para la resolución del caso, destacando asimismo que algunas familias biparentales, en función del carácter contributivo de la prestación discutida, pueden encontrarse *de facto* en igual o peor situación que la reclamante.

Notificada que fue la sentencia el 26 de febrero de 2024, la demandante de amparo presentó escrito anunciando su voluntad de interponer recurso de casación para unificación de doctrina. El recurso se tuvo por preparado en virtud de diligencia de ordenación de 11 de marzo de 2024, si bien la demandante desistió del mismo mediante escrito presentado el 22 de marzo de 2024, lo que motivó que la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura dictara auto por el que la tuvo por desistida y decretó la firmeza de la resolución recurrida.

3. La demanda de amparo denuncia la vulneración del derecho fundamental a la igualdad y a no sufrir discriminación indirecta por razón de sexo (art. 14 CE) y del interés superior del menor (art. 39 CE).

Aduce que el litigio debió resolverse conforme al principio general de no discriminación, y que se ha vulnerado el derecho a la igualdad que consagra la Convención sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989, por cuanto que la atención, cuidado y desarrollo del menor afectado va a sufrir una clara merma respecto del que van a recibir aquellos otros que están encuadrados dentro de un modelo familiar biparental. Se incurre así en discriminación del menor por su propia condición, o por el estado civil o situación de su progenitor, introduciéndose un sesgo que quebranta el desarrollo del niño nacido en el seno de una familia monoparental al quedar atendido menos tiempo y con menor implicación personal de quien ha sido considerado su progenitor.

Aduce asimismo que el mayor número de integrantes de familias monoparentales corresponde a la mujer, por lo que dispensar un trato dispar a los hogares monoparentales representa una discriminación indirecta de la mujer. También supone

introducir el estado civil de la persona como elemento determinante de una situación *de facto* (solteros, viudas o rupturas matrimoniales) y redunda en un trato dispar en los derechos de conciliación y a la vida familiar.

Aun reconociendo que la suspensión del contrato de trabajo tiene repercusión en la actividad empresarial, la acumulación de todo el periodo de suspensión en un solo trabajador no deja de ser equivalente al periodo que se aplica cuando nos encontramos ante una dualidad de trabajadores.

Afirma asimismo que la ley debe ser interpretada conforme a la primacía del interés superior del menor reconocida en nuestra Constitución (art. 39), la legislación nacional sectorial (Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia), el Derecho de la Unión Europea [Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019] y los instrumentos internacionales ratificados por nuestro país, en atención a lo cual insta a que se verifique una interpretación integrada de los artículos 177 y concordantes de la Ley general de la Seguridad Social (LGSS) y del artículo 48.4 LET, a la luz de los artículos 39 CE, 24.2 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, 3.1 de la Convención sobre los derechos del niño, y 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, así como del artículo 3 del Código civil (CC), esgrimiendo como argumento de refuerzo determinados pronunciamientos de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que realizaron interpretaciones integradoras de la normativa sobre suspensión contractual y prestación por maternidad basadas en el interés superior del menor en el contexto de la «gestación por sustitución». También invoca precedentes en los que la misma Sala ha interpretado la legislación protectora de la Seguridad Social con perspectiva de género.

En atención a lo expuesto la demanda de amparo solicita que se declare la nulidad de la sentencia 106/2024, de 23 de febrero, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura y, en consecuencia, que se reconozca el derecho de la demandante a disfrutar de diez semanas adicionales a la prestación por nacimiento y cuidado de hijo en familia monoparental, con los efectos inherentes a dicho reconocimiento.

En el otrosí primero de la demanda de amparo se aduce, en términos de justificación de la especial trascendencia constitucional, que se está planteando un problema o una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no hay doctrina del Tribunal Constitucional, pues «lo cierto [es] que no hemos encontrado ningún pronunciamiento de nuestro más Alto Tribunal que resuelva si, en caso de una familia monoparental, se le conceda la prestación por nacimiento y cuidado de hijo, acumulándose al periodo del otro progenitor». Señala que existen numerosos casos, de los que cita sentencias de las salas de lo social de tribunales superiores de justicia de varias comunidades autónomas, en los que se ha resuelto la misma cuestión de manera divergente, estimando unos la pretensión deducida, y desestimándola otros, observándose las mismas contradicciones en el orden contencioso-administrativo, por lo que considera que es necesario dejar zanjada esta controversia.

4. Mediante providencia de 9 de septiembre de 2024 la Sección Primera de este tribunal acordó admitir a trámite el presente recurso de amparo apreciando que concurría en él la especial trascendencia constitucional que exige el art. 50.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (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)]. Asimismo, se acordó en la misma providencia recabar de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura la remisión de certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al recurso de suplicación núm. 589-2023, y del Juzgado de lo Social núm. 5 de Badajoz la remisión de certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes a los autos de Seguridad Social núm. 797-2022, debiendo previamente emplazarse, para que en el plazo de diez días pudieran comparecer, si lo desearan, en el

recurso de amparo a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, excepto la parte recurrente en amparo.

5. Por diligencia de ordenación de 7 de octubre de 2024 se tuvieron por recibidos los testimonios de las actuaciones remitidos por el Juzgado de lo Social núm. 5 de Badajoz y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, así como los escritos de la letrada de la administración de la Seguridad Social, que se persona en nombre del Instituto Nacional de la Seguridad Social, que tuvieron entrada en el registro del Tribunal el 27 de septiembre de 2024, y del letrado de la Junta de Extremadura, que se persona en nombre de la Abogacía General de la Junta de Extremadura, que tuvieron entrada en el Tribunal Constitucional el 4 de octubre de 2024, teniéndoles por personados y partes, y en virtud del art. 52 LOTC, se acordó dar vista de todas las actuaciones al Ministerio Fiscal y a las partes por un plazo común de veinte días para que presentaran las alegaciones que a su derecho conviniera.

6. El 14 de octubre de 2024 la parte demandante presentó alegaciones en las que afirmó y ratificó íntegramente el escrito de demanda.

7. El 31 de octubre de 2024 la letrada de la administración de la Seguridad Social presentó alegaciones en las que solicitó la desestimación del recurso de amparo, declarando ajustadas a la Constitución las resoluciones administrativas del INSS y las sentencias que confirmaron dicha actuación administrativa: (i) por no haber sufrido la recurrente discriminación alguna; (ii) por no ser inconstitucional el art. 48.4 LET; (iii) porque la regulación establecida en el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad, al transponer la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, es coincidente con esta solución; (iv) porque el Real Decreto-ley 7/2023, de 19 de diciembre, por el que se adoptan medidas urgentes, para completar la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158, tampoco incluyó modificación alguna en materia prestacional ni contractual respecto de las familias monoparentales y (v) por no ser inconstitucional el art. 177 LGSS.

El escrito de alegaciones aduce en primer lugar, tras exponer de manera sintética los antecedentes del caso, que en la demanda de amparo no se ha justificado la especial trascendencia constitucional, porque no hay ningún derecho fundamental que resulte vulnerado por el hecho de no reconocer una ampliación de dieciséis semanas de una prestación de la Seguridad Social. Sostiene que el verdadero fundamento del recurso no es la discriminación por razón de sexo o estado civil, sino una cuestión económica. La protección social, económica y jurídica de la familia y la protección integral de los hijos regulada en el art. 39 CE, y el régimen público de Seguridad Social contemplado en el art. 41 CE, preceptos invocados por la actora, no son derechos fundamentales protegidos por el recurso de amparo, sino principios rectores de la política social. Sobre la alegada vulneración del derecho de igualdad por haber sido discriminada por razón de su estado civil y por sus circunstancias personales y familiares, manifiesta que carece de fundamento, al no atentar una norma como la del art. 48.4 LET contra ninguno de esos dos derechos. La igualdad ante la ley solo es posible predicarla en situaciones iguales y la situación de la actora no es parangonable con la de las familias biparentales.

Hace a continuación diversas consideraciones sobre la regulación de la prestación por nacimiento y cuidado del menor del art. 177 LGSS, concluyendo que la misma sigue el curso de la suspensión del contrato de trabajo de acuerdo con lo previsto en el art. 48 LET, y no al revés. Se reconoce un permiso de dieciséis semanas a la madre biológica, para asegurar la protección de la salud de la madre, y otro permiso de dieciséis semanas al progenitor distinto de la madre biológica, de las que seis semanas deberán coincidir obligatoriamente con las de la madre biológica, para el cumplimiento de los deberes de cuidado previstos en el art. 68 CC, de lo que se colige, por un lado, que en ningún caso

podrían reconocerse dieciséis semanas adicionales a las dieciséis primeras, so pena de infringirse lo dispuesto en el art. 48.4. LET al deberse prescindir de las seis semanas coincidentes en el caso de la existencia de dos progenitores, y que solo podrían reconocerse diez semanas más y no dieciséis como se pretende. Por otro lado la finalidad del permiso para la madre y para progenitor distinto de la madre biológica no es la misma, lo que justifica un diferente tratamiento.

En nuestro ordenamiento jurídico se ha previsto que la retribución en las suspensiones del contrato de trabajo derivadas de los permisos de maternidad y paternidad, y en algunos supuestos de permisos parentales, se realice a través de prestaciones del sistema de la Seguridad Social. Lo que no se ha previsto es el pago de estas prestaciones cuando no existe suspensión de la relación laboral, y aún menos cuando no se cumplen los requisitos de alta y cotización para que puedan ser causadas. Se han previsto ampliaciones del permiso en determinadas situaciones, como el nacimiento de hijos a partir del segundo, en supuestos en que el menor presente discapacidad, o en que el menor precise de hospitalización tras el parto. El carácter del permiso, en la regulación vigente, emanada del 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, «no atenta en modo alguno contra el principio de igualdad. En todo caso, favorece a las mujeres de familias monoparentales frente a los varones en el mismo tipo de familias, pero sin que ello suponga una discriminación, por cuanto la diferencia está basada en circunstancias puramente naturales: la maternidad biológica, cuya protección por motivos exclusivamente de protección de la salud de la madre difiere notablemente de la protección dispensada tanto a los varones en familias monoparentales como a los de familias biparentales, en los que la finalidad del permiso es "la corresponsabilidad en las responsabilidades domésticas y en el cuidado y atención de los descendientes y otras personas a cargo", como reza el art. 68 CC».

La letrada de la administración de la Seguridad Social, en apoyo de su planteamiento del carácter no discriminatorio de la normativa española, cita seguidamente jurisprudencia emanada de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que en asuntos semejantes ha dado respuesta adversa a la pretensión de ampliación de las prestaciones de maternidad en el ámbito de familias monoparentales [entre ellas, las SSTs 169/2023, de 2 de marzo; 434/2023, de 14 de junio (ECLI:ES:TS:2023:3053), y 1051/2023, de 29 de noviembre (ECLI:ES:TS:2023:5500)], así como doctrina constitucional que no reconoció carácter discriminatorio a la posibilidad de dar un tratamiento dispar a mujeres y hombres en esta materia (SSTC 75/2011, de 19 de mayo; 111/2018, de 17 de octubre, y 2/2019, de 14 de enero) así como doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea [STJUE de 19 de septiembre de 2013, asunto C-5/12, *Marc Betriu Montull c. Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)*] que establece unos estándares de protección de la trabajadora en caso de nacimiento de hijo que son holgadamente cumplidos por la legislación española. Cita asimismo normativa de la Unión Europea, como la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores. Aduce que de los tratados internacionales ratificados por España cuyo objeto es la protección de las mujeres trabajadoras y de los niños no se desprende la obligación de reconocer prestaciones al margen de los requisitos establecidos en la ley, imponiendo únicamente que estos requisitos se exijan a todos los beneficiarios, y que el establecimiento de un permiso por paternidad no viene impuesto hasta la fecha por ninguna norma de Derecho internacional que obligue a nuestro país, ni por el Derecho de la Unión Europea, dado que obedece a una finalidad tuitiva diferente: favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, fomentando la corresponsabilidad de madres y padres en el cuidado de los hijos comunes (art. 39.3 CE). No se trata, como es obvio, de proteger la salud del progenitor distinto a la madre biológica, sino de contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares en el cuidado de los hijos.

Al abordar la alegada vulneración del principio de igualdad, la letrada de la administración de la Seguridad Social reitera doctrina constitucional que al analizar el contenido y ubicación del art. 41 CE declara que el sistema de Seguridad Social y sus prestaciones son de estricta configuración legal, reconociéndose al legislador un amplio margen de libertad para configurarlo en función de los recursos disponibles para atender las múltiples necesidades sociales, sin que este tribunal 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 (STC 78/2004, de 29 de abril). En definitiva, «como advierte la STC 197/2003, de 30 de octubre, en su fundamento jurídico 6 *in fine*, si bien la cobertura de las situaciones de necesidad de los colectivos sociales "es un ideal claramente deseable a la luz de los principios rectores de la política social y económica que nuestra Constitución asume en sus arts. 41 y 50 y que han de informar la legislación positiva –art. 53.3 CE–", sin embargo este Tribunal Constitucional no debe interferir con decisiones singularizadas susceptibles de alterar el equilibrio económico financiero del conjunto del sistema, salvo que la diferencia de tratamiento controvertida esté desprovista de toda justificación objetiva y razonable (STC 184/1993, de 31 de mayo [...], FJ 6)».

Descarta igualmente que se haya producido discriminación por razón de estado civil, por la condición de familia monoparental, ni que se haya afectado el interés superior del menor. La personal y libre decisión de quien decide 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 en el ámbito laboral y prestacional de la Seguridad Social. El establecimiento de un permiso de mayor duración en favor de las progenitoras biológicas en las familias monoparentales podría introducir incluso una clara desventaja en la contratación de estas mujeres pues se ahondaría en el estereotipo de género que produciría un efecto contrario al pretendido por el Real Decreto-ley 6/2019 y por la Directiva (UE) 2019/1158, 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. 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.

El interés superior del menor tampoco resulta afectado por las decisiones impugnadas, pues aunque pudiera ser cierto que para el menor la atención y el apego de los dos progenitores puede resultar más beneficioso, no es algo que pueda sustituirse, ni algo que deba ser necesariamente protegido por el sistema de la Seguridad Social, salvo en circunstancias excepcionales. Las familias o los hogares «biparentales» o «monoparentales», no son en principio los 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.

Descarta asimismo la discriminación por razón de sexo, que la demanda de amparo funda en que las familias monoparentales están formadas mayoritariamente por mujeres, pues tal decisión es asumida libremente por mujeres y hombres que desean formar este tipo de familias, como lo es la decisión de formar familias biparentales entre personas del mismo o distinto sexo, sin que ni las empresas ni las instituciones tengan ni deban tener ninguna responsabilidad al respecto. La prestación de nacimiento y cuidado del menor establecida legalmente se regula sin distinción alguna para todos los menores nacidos en familias monoparentales de uno u otro género.

En conclusión, manifiesta la letrada de la administración de la Seguridad Social que no es acorde al derecho constitucional, a la igualdad y no discriminación contemplado en

el artículo 14 CE, que los progenitores de familias monoparentales vean automáticamente incrementada la duración de la prestación por nacimiento y cuidado de menor en diez semanas más (no dieciséis como solicita la recurrente), cuando al segundo progenitor de una familia biparental se le exige para ello estar de alta en el sistema de la Seguridad Social y tener un determinado número de días cotizados. Tampoco es acorde al derecho constitucional a la igualdad y no discriminación contemplada en el artículo 14 CE y a los principios rectores de la política social y económica a que se refiere el artículo 39.2 CE, garantizar, fuera del nivel asistencial, a las familias monoparentales una protección contributiva que no tienen las familias biparentales. No puede considerarse inconstitucional un precepto como el art. 48.4 LET, o el artículo 49 a) y c) de la Ley del estatuto básico del empleado público, de idéntico contenido, en la redacción dada por el Real Decreto-ley 6/2019, que no suprime derecho alguno a los progenitores de familias monoparentales, ni perjudica en modo alguno al menor pudiendo únicamente beneficiarle, y cuyo principal objetivo es intentar garantizar la efectividad de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, a la vez de promover la conciliación de la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras y fomentar la corresponsabilidad de mujeres y hombres en el cuidado y atención de los hijos menores.

8. El 6 de noviembre de 2024 la letrada de la Junta de Extremadura presentó alegaciones en las que solicitó con carácter principal la inadmisión del recurso de amparo por falta de agotamiento de la vía judicial previa, y subsidiariamente su desestimación íntegra por razones de fondo.

En efecto, la letrada opone, en primer lugar, el óbice procesal de falta de agotamiento de la vía judicial previa por haber desistido la demandante del recurso de casación para unificación de doctrina que había anunciado, y se le había tenido por preparado, contra la sentencia 106/2024, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura. En el escrito de preparación citaba sentencias de distintos tribunales superiores de justicia en los que se daba respuesta contradictoria a la cuestión de la ampliación de la prestación de nacimiento y cuidado del menor en familia monoparental a través de la acumulación en la madre biológica de los permisos por cuidado y nacimiento por hijo que hubieran correspondido al otro progenitor. La existencia de estas sentencias contradictorias acreditaría la necesidad de agotar la vía impugnativa que había emprendido.

Argumenta asimismo que desde una perspectiva jurídico material procedería la desestimación de la demanda de amparo, partiendo de que la prestación por maternidad es una prestación contributiva de la que serán 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 periodo de carencia que se determina en el propio precepto. Además, la cuantía de la prestación depende de las bases de cotización del empleado (art. 179 LGSS) y su subsistencia se condiciona a la no realización de otro trabajo por cuenta propia o ajena (art. 180 LGSS).

Cita doctrina constitucional sobre el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE), que exige que el órgano judicial no trate o juzgue de forma diferente sin justificación suficiente y razonable supuestos de hecho idénticos. La verificación de la igualdad ha de partir necesariamente, en primer lugar, de la identidad de supuestos y, en segundo lugar, de la discrepancia de juicios o resoluciones, para lo que la fundamentación debe servir como elemento para deducir la no arbitrariedad de los juicios discrepantes. Por lo tanto, para sustentar la referida infracción, debe existir una diferencia de trato a personas en situaciones relevantemente similares, y la diferencia de trato es discriminatoria si no persigue una finalidad legítima o no hay una relación de proporcionalidad razonable entre los medios empleados y la finalidad perseguida.

En el caso que nos ocupa no existe identidad entre los supuestos comparados por la actora ya que, a diferencia de la familia biparental, no existen dos progenitores con derecho a las referidas prestaciones. Como ya ha sido señalado por el Tribunal

Supremo, Sala de lo Social en las SSTs 169/2023, y 1106/2024, de 12 de septiembre (ECLI:ES:TS:2024:5018), la situación de la actora en el presente procedimiento no constituye el único modelo de familia monoparental existente; al contrario, es uno más de los múltiples supuestos que pueden dar lugar a la existencia de una familia monoparental, teniendo en cuenta, además, que algunas familias biparentales, en función del carácter contributivo de la prestación discutida, pueden encontrarse *de facto* en igual o peor situación que la de la reclamante.

La recurrente ha disfrutado de la prestación por nacimiento y cuidado de la menor conforme a lo dispuesto en la legislación aplicable a la fecha del hecho causante. La pretensión deducida en la demanda de amparo no puede ser acogida, pues supondría reconocer una prestación contributiva nueva, sin cumplimiento de los requisitos y modificar el régimen jurídico de la suspensión contractual en lo que 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.

La prestación que corresponde al otro progenitor necesita como condición su encuadramiento y alta en la Seguridad Social y cubrir un periodo mínimo de carencia. Por lo tanto, la aparición de una nueva prestación a favor de la misma persona exige una modificación de la normativa aplicable por parte del legislador.

La desestimación por el INSS de la petición de la demandante de amparo no infringe ninguno de los preceptos constitucionales cuya vulneración se denuncia, pues la entidad gestora no podía reconocer una prestación no prevista en la legislación aplicable, ni los tribunales reconocerla, como estableció la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en la STS 169/2023, reproducida por la misma Sala en las sentencias de 4 de junio de 2024, de las que hace cita expresa.

Respecto al interés superior del menor, alegado como núcleo central del recurso, reproduce argumentos tomados de la STS 1106/2024, de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en los que se recuerda que en toda la regulación de la prestación por nacimiento de hijo y cuidado del menor está, sin duda presente, la atención a ese singular interés, que no es el único al que debe atenderse, razón por la que el legislador también ha prestado especial atención al principio de igualdad entre hombres y mujeres al confeccionar una normativa que, asimismo, tiene como finalidad lograr la corresponsabilidad entre ambos progenitores en el cuidado del menor. Al efecto, las fórmulas establecidas por el legislador tratan de cohonestar todos los intereses que deben considerarse en la regulación de tan delicada materia y en este ejercicio de ponderación han considerado que el disfrute de los derechos de conciliación y la protección dispensada en estos casos eviten que el ejercicio de aquellos perpetúe roles de género que no se corresponden con la situación social actual ni mucho menos con el principio de igualdad que sustenta todo el ordenamiento jurídico. En definitiva, el legislador ha hecho una ponderación de los derechos e intereses en juego que no puede ser obviada por el intérprete y aplicador de la ley, si se tiene en cuenta que estamos en presencia de una regulación concreta que respeta la letra y el espíritu de la Constitución y el resto de normas internacionales aplicables.

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, como alega la recurrente de amparo, sino un derecho del progenitor trabajador, que cumple con las exigencias legales con independencia de conformar una familia monoparental o biparental. Ni la Constitución Española, ni la Convención sobre los derechos del niño, imponen a los Estados ninguna obligación que pueda traducirse en derechos subjetivos ejercitables de manera individual y directa, sino en los términos establecidos en la ley de cada uno de ellos, siendo cada Estado, soberano para reglar los derechos a las prestaciones contributivas de la Seguridad Social.

El Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, equiparó la duración de la suspensión contractual entre ambos progenitores, así como la obligatoriedad del disfrute conjunto de las seis semanas posteriores al parto, por lo que la solicitud de treinta y dos semanas

que realiza la recurrente de amparo, supera incluso la de aquellos casos de familia en la que ambos progenitores ostentan el derecho al permiso.

En definitiva, el reconocimiento a la actora, como único progenitor de una familia monoparental, de la prestación por nacimiento y cuidado del menor que le hubiera correspondido al otro progenitor en supuestos en los que ya se les ha reconocido dicha prestación propia no resulta una exigencia que derive ni de la Constitución Española, ni de ninguna norma de la Unión Europea, ni de ningún acuerdo o tratado internacional ratificado por España.

9. El 27 de noviembre de 2024 el fiscal ante el Tribunal Constitucional presentó alegaciones en las que solicitó la estimación del recurso de amparo por vulneración del derecho fundamental de la demandante y de su hijo a no sufrir discriminación (art. 14 CE) procediendo la declaración de nulidad de las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, del Juzgado de lo Social núm. 5 de Badajoz, y de las resoluciones dictadas por el INSS el 17 de octubre y el 3 de octubre (en realidad, 3 de agosto) de 2022, para que por el INSS se dicte una nueva resolución conforme al derecho a la no discriminación tal como se establece en la doctrina constitucional establecida en la STC 140/2024, de 6 de noviembre.

Tras una somera exposición de los antecedentes del procedimiento, el fiscal ante el Tribunal Constitucional considera que el objeto del recurso de amparo no se limita a las resoluciones judiciales dictadas en el procedimiento social antecedente, sino que se extiende igualmente a las resoluciones administrativas que fueron impugnadas ante la jurisdicción social, de modo que no habiendo un motivo de amparo específicamente predicable de las resoluciones judiciales, al limitarse a no corregir la vulneración constitucional producida en vía administrativa, nos encontramos ante un recurso de amparo del art. 43 LOTC.

El fiscal se cuestiona, seguidamente, si la demandante, al desistir del recurso de casación para unificación de doctrina que había anunciado contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, pudo haber incurrido en el óbice procesal de falta de agotamiento de la vía judicial previa, óbice que descarta ateniéndose al criterio de flexibilidad auspiciado por abundante doctrina constitucional que ha declarado que el requisito de agotamiento de la vía judicial previa no exige utilizar todos los recursos imaginables, y que no es necesario para entenderlo cumplido interponer los recursos de dudosa procedencia [por todas, STC 112/2019, de 3 de octubre, FJ 3 d)]. Aunque desde el punto de vista procesal no había en este caso ningún óbice para interponer el recurso de casación para la unificación de doctrina, es cierto que habiéndose dictado ya por el Tribunal Supremo varias sentencias (entre ellas, las SSTs 1296/2023, de 21 de diciembre (ECLI:ES:TS:2023:5979); 169/2023 y 434/2023) que unificaron la doctrina precisamente respecto a la misma cuestión que se debatía en el proceso laboral previo a este recurso, en las que se establecía que la interpretación correcta de la normativa aplicable era la que había realizado la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, el recurso de casación contra esta iba a ser sin duda inadmitido, en aplicación de la doctrina expuesta (por todos) en el ATS 6931/2018, de 14 de junio, recurso núm. 837-2017 (ECLI:ES:TS:2018:6931A).

Sobre la cuestión de fondo, el fiscal señala que la STC 140/2024, dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 6694-2023, ha establecido una doctrina constitucional específica aplicable a la misma pues ha declarado inconstitucional 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, discriminación por razón de nacimiento, de la que hace cita expresa. En aplicación del criterio constitucional establecido en la mencionada STC 140/2024, sobre la regulación de la suspensión del contrato de trabajo –y la correspondiente prestación de la Seguridad Social– por nacimiento y cuidado de hijos que se contiene en los arts. 48.4 LET y 177 LGSS, el fiscal considera que procede la estimación del recurso, pues al aplicar los mencionados artículos las resoluciones impugnadas han producido la discriminación prohibida por el art. 14 CE, tanto de la demandante de amparo por constituir una familia monoparental (por razón del modelo de

familia), como del hijo por razón de nacimiento, por haber nacido en una familia monoparental.

Sobre los efectos de la estimación del recurso de amparo, el fiscal considera que no sería procedente que el Tribunal Constitucional concretase la prestación que la demandante debe percibir, porque esta prestación se vincula a la duración de la suspensión del contrato de trabajo y esta, que es la razón de ser de la declaración de inconstitucionalidad del art. 48.4 LET, no ha sido objeto del proceso laboral previo. Sostiene que lo procedente es que por el INSS se dicte una nueva resolución respetando el derecho fundamental vulnerado y aplicando la normativa de acuerdo con el criterio de la STC 140/2024.

10. Mediante providencia de 12 de diciembre de 2024 se señaló para deliberación y votación de la presente sentencia el día 16 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.

2. Óbice procesal de falta de agotamiento. 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 c)], en tanto las decisiones administrativas y judiciales cuestionadas justificaban la desestimación de la pretensión planteada, en cada caso, en el tenor literal de la regulación jurídica aplicable y aplicada al caso.

La letrada de la Junta de Extremadura opuso el óbice procesal de falta de agotamiento de la vía judicial previa por haber desistido la actora del recurso de casación para unificación de doctrina que había preparado contra la sentencia 106/2024, de 23 de febrero, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura en el recurso de suplicación núm. 589-2023. En este punto hemos de convenir con el Ministerio Fiscal en que se trataba de un recurso de dudosa procedencia, y como tal inexigible para tener por cumplido el requisito de agotamiento de la vía judicial previa, requisito que «no obliga a utilizar en cada caso todos los medios de impugnación posibles, sino tan solo aquellos normales que, de manera clara, se manifiestan como ejercitables, de forma que no quepa duda respecto de la procedencia y la posibilidad real y efectiva de interponer el recurso» [STC 112/2019, FJ 3 d)]. Hay que tener en cuenta que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo había unificado su doctrina con anterioridad al pronunciamiento de las resoluciones judiciales impugnadas en este recurso de amparo, y precisamente en sentido adverso a la pretensión de la demandante, de lo que es exponente la sentencia 169/2023, a la que remiten expresamente ambas resoluciones.

La letrada de la administración de la Seguridad Social, por su parte, cuestionó 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 justificaría 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 (art. 14 CE). Este argumento habrá de ser

analizado al resolver la cuestión de fondo lo que, cabe anticipar, se llevará a cabo en los mismos términos en que ha sido expresado en la reciente STC 140/2024 (del Pleno), a la que, por coincidir su objeto, habremos de remitirnos.

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

La cuestión de fondo planteada en este recurso de amparo es coincidente con la resuelta por la STC 140/2024, 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 citada STC 140/2024, 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, 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 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 (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 María Bueno Flores 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 del INSS de 3 de agosto y 17 de octubre de 2022, de la sentencia 261/2023, de 19 de septiembre, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 5 de Badajoz en los autos núm. 797-2022, y de la sentencia 106/2024, de 23 de febrero, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura en el recurso de suplicación núm. 589-2023.

3.º Retrotraer las actuaciones al momento previo al dictado de la resolución del INSS de 3 de agosto de 2022 a fin de que, en los términos expuestos en el último párrafo del fundamento jurídico 3 de la presente sentencia, se dicte otra respetuosa con el derecho fundamental cuya vulneración ha sido declarada.

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

Dada en Madrid, a dieciséis de diciembre de dos mil veinticuatro.—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.