

El TS reconoce a las familias monoparentales la ampliación del permiso por nacimiento que le hubiera correspondido al otro progenitor

Se plantea en el presente recurso si, en caso de familia monoparental es posible la ampliación del permiso por nacimiento que le hubiera correspondido al otro progenitor, en igualdad de condiciones que al resto de las familias para evitar la discriminación del menor, en el ámbito relativo al régimen estatutario del empleado público.

Para dar respuesta a la cuestión suscitada la Sala declara que el tipo de familia no puede determinar un diferente trato, de modo que la interpretación del art. 49 del TRLEBEP, que establece los permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, ha de resultar conforme con la CE y el resto del ordenamiento jurídico, respetando la igualdad y el interés superior del menor, mediante la proscripción de cualquier forma de discriminación por razón de nacimiento. Señala que la Ley expresamente no se refiere a los permisos en las familias monoparentales, ni para concederlos ni para denegarlos, por lo que, en la realidad social actual en el momento de su aplicación, en la que se constata la aparición de un nuevo tipo de familia que no se puede desconocer, el permiso previsto en el art. 49 ha de ser interpretado en el sentido de adicionarse al permiso previsto en el apartado a) -16 semanas-, el previsto en el apartado c) -10 semanas al excluirse las 6 primeras semanas-.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección 4.ª

Sentencia 1612/2024, de 15 de octubre de 2024

RECURSO DE CASACIÓN Núm: 5372/2022

Ponente Excmo. Sr. MARIA DEL PILAR TESO GAMELLA

En Madrid, a 15 de octubre de 2024.

Esta Sala ha visto el recurso de casación núm. 5372/2022, interpuesto por el procurador de los Tribunales don Salvador Simó Martínez, en nombre y representación de doña Flora, contra la Sentencia, de 10 de mayo de 2022, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede en Valladolid, en el recurso de apelación núm. 584/2021, que se había interpuesto contra la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 2 de Valladolid, de 6 de septiembre de 2021, dictada en el recurso contencioso-administrativo núm. 167/2020.

No consta comparecida parte recurrida alguna.

Ha sido ponente la Excmo. Sra. D.ª María del Pilar Teso Gamella.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Valladolid dictó sentencia de 6 de septiembre de 2021, en el procedimiento abreviado n.º 167/2020, interpuesto por doña Flora.

En concreto, el Juzgado citado dispuso:

" Que debo estimar y estimo el recurso contencioso administrativo interpuesto por Doña Flora contra la Resolución de 29 de septiembre de 2020, de la Dirección Provincial de Educación de Valladolid, dictada por delegación de la Dirección General de Recursos Humanos de la Consejería de Educación anulando la misma a los efectos de reconocer el derecho de la parte actora a la ampliación de un permiso de 8 semanas por maternidad sobre el ya disfrutado, sin costas ".

SEGUNDO.- Ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Valladolid, se siguió el recurso de apelación n.º 584/2021, interpuesto por la Letrada de la Comunidad de Castilla y León, y como parte apelada, doña Flora, contra la sentencia de 6 de septiembre de 2021, dictada en el procedimiento abreviado n.º 167/2020, por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Valladolid.

En el citado recurso de apelación se dictó sentencia el día 10 de mayo de 2022, cuyo fallo es el siguiente:

" Que estimamos el recurso de apelación interpuesto por los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, en la representación que tienen legalmente atribuida, contra la sentencia dictada, el día seis de septiembre de dos mil veintiuno, por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Valladolid *en esta causa, y debemos revocar y revocamos dicha resolución; que desestimamos la demanda origen del proceso interpuesta contra la Resolución de veintinueve de septiembre de dos mil veinte, de la Dirección Provincial de Educación de Valladolid, dictada por delegación de la Dirección General de Recursos Humanos de la Consejería de Educación de la Junta de Castilla y León a los efectos de reconocer el derecho de la parte actora a la ampliación de un permiso de ocho semanas por maternidad sobre el ya disfrutado, por no ser la misma contraria a derecho en los términos que se han estudiado en este proceso. No se hace expresa imposición de las costas procesales de ninguna de las dos instancias a ninguno de los litigantes, por lo que cada parte abonará las causadas por ella y las comunes lo serán por mitad* ".

TERCERO.- Notificada la anterior sentencia, la representación procesal de doña Flora presentó escrito preparando el recurso de casación, que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Valladolid, tuvo por preparado, ordenando el emplazamiento de las partes y la remisión de las actuaciones a esta Sala del Tribunal Supremo.

CUARTO.- Recibidas las actuaciones ante este Tribunal, por diligencia de ordenación de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, se tuvo por personada y parte en concepto de recurrente a doña Flora.

QUINTO.- Mediante auto dictado por la Sección Primera de esta Sala el 4 de octubre de 2023, se acordó admitir el recurso de casación preparado por doña Flora contra la sentencia de 10 de mayo de 2022, dictada en la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Valladolid, en el recurso de apelación núm. 584/2021.

SEXTO.- En el escrito de interposición del recurso, presentado el día 30 de noviembre de 2023, la parte recurrente, doña Flora, solicitó que se dicte sentencia por la que:

"se tenga por presentado este escrito y con él por formalizado el RECURSO DE CASACIÓN contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de Valladolid del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de fecha 10 de Mayo de 2.022 en el Recurso de Apelación 584/2021 para, previa tramitación que pueda corresponder, se dicte sentencia revocando la misma, y en consecuencia declarando el derecho de la demandante hoy apelante a la ampliación de su permiso de maternidad por 8 semanas".

SÉPTIMO.- Mediante providencia de 18 de julio de 2024, se designó magistrada ponente a la Excm. Sra. Doña María del Pilar Teso Gamella y se señaló para la votación y fallo del presente recurso el día 1

de octubre del corriente, continuando la deliberación hasta el día 15 de octubre de 2024, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida

El presente recurso de casación se interpone contra la Sentencia dictada por la Sala de nuestro orden jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede en Valladolid, en el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 2 de Valladolid, dictada en el recurso contencioso administrativo deducido, a su vez, contra la Resolución de 29 de septiembre de 2020 de la Dirección Provincial de Educación de Valladolid, por delegación de la Dirección General de Recursos Humanos, de la Consejería de Educación, que desestimó la solicitud presentada por la recurrente para la ampliación del permiso de maternidad de 16 a 24 semanas, por tratarse de una familia monoparental.

La sentencia de Juzgado estima el recurso contencioso-administrativo por considerar que ““ En el presente caso y tratándose de una empleada pública, ciertamente puede entenderse que limitar la aplicación de la normativa vigente a un único modelo la familia biparental en la configuración del permiso por nacimiento, es claramente discriminatorio.

La Constitución española en su artículo 39.1 establece que los poderes públicos deben asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento (Art. 14 CE).

En consecuencia, debe respetarse y garantizarse el derecho a la familia con independencia del tipo o modelo familiar del que se trate, pues de lo contrario se producirá una vulneración de estos derechos, al priorizar un modelo sobre otro, y teniendo siempre en cuenta que el interés superior del menor, es un principio básico de aplicación en cualquier medida o decisión que afecte a los menores ““.

La sentencia dictada en apelación, por el contrario, estima el citado recurso de apelación y desestima el recurso contencioso-administrativo, razonando que ““ *la actora está pidiendo que se le añada a su derecho por parto el del otro progenitor regulado en el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, es decir, está dando por supuesto que el otro progenitor es un empleado público al que se le aplica el régimen funcional y que el derecho por "paternidad" que regula dicho texto legal le es aplicable. En autos no consta que el otro progenitor sea un empleado público de ese tipo y que le sea de aplicación el régimen de licencias y permisos de tal condición. Es evidentemente patente que la actora tiene derecho a la intimidad de no desvelar el nombre del otro progenitor, eso es indiscutible. Pero también lo es que para que la administración confiera al otro progenitor el derecho por "paternidad", se debe tener derecho al mismo, pues en otro caso el lapso de tiempo que le correspondería no debería concedérselo la administración, ni sufragarlo, pues estaría disponiendo de dinero público en favor, por ejemplo, de un trabajador privado y no tiene razón de ser tal planteamiento. Por lo tanto, carece, también por este camino, de razón de ser la pretensión de la parte demandante. Si en su legítimo derecho a la intimidad guarda silencio sobre el otro progenitor, es evidente que debe soportar las consecuencias de su actuar. Piénsese que los derechos derivados del nacimiento de una persona a que nos venimos refiriendo, por más que estén determinados por dicho hecho, no se conceden al recién nacido; éste no puede dirigirse a su empleador solicitando -lógicamente a través de su representante legal- que se le conceda a él el permiso que regula la ley a raíz de ver la luz; el recién nacido no es "empleado" de la entidad donde trabajan sus o su progenitor; la empresa concede el permiso a "su" empleado, no a su hijo, y mucho menos al progenitor que puede serlo de otra empresa, que será quien deba hacer frente a tal evento. Podría ser que el legislador, por ejemplo para favorecer la natalidad,*

determinase que fuese la administración pública a través de la seguridad social, por vía de ejemplo, corriese con tales eventualidades y por un plazo más largo; sería, quizá, algo comprensible en medio de una determinada tarea de fomento de la demografía y podría ser que la administración otorgase ese derecho al recién nacido para que él lo distribuyese - o no- entre sus padres. El problema es que, hoy por hoy ello no es así en nuestro sistema. El permiso por el nacimiento de un hijo se concede al empleado, no al hijo del empleado, y se otorga por el empleador, no por el estado y sobre esas bases ha de resolverse la controversia, no sobre hipotéticas realidades que pueden llegar a darse o no ""

SEGUNDO.- La identificación del interés casacional

El interés casacional para la formación de jurisprudencia del presente recurso ha quedado delimitado, a tenor de lo acordado mediante Auto de esta Sala Tercera (Sección Primera) de 4 de octubre de 2023, a la siguiente cuestión:

"" determinar si, en caso de familia monoparental es posible la ampliación del permiso por nacimiento que le hubiera correspondido al otro progenitor en igualdad de condiciones al resto de las familias para evitar la discriminación del menor "".

También quedaron señaladas en el expresado Auto como normas jurídicas que, en principio, habrían de ser objeto de interpretación, el artículo 49 Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre (TRLEBEP). Todo ello sin perjuicio que la sentencia que pueda extenderse a otras cuestiones y normas jurídicas, si así lo exigiera el debate finalmente trabado en el recurso, ex artículo 90.4 LJCA.

TERCERO.- La posición procesal de la parte recurrente ante la falta de personación de la Administración recurrida

Sostiene la parte recurrente que el artículo 49 del TRLEBEP debe ser interpretado, respecto de las familias monoparentales, permitiendo la ampliación del permiso de maternidad previsto en el apartado a), mediante su acumulación con el permiso del otro progenitor diferente a la madre biológica, previsto en el apartado c) del mismo precepto legal, descontado aquella parte, seis semanas, que necesariamente ha de tomarse en el momento inmediatamente posterior al hecho causante (artículo 49.c/ del TRLEBEP). Si bien la parte recurrente únicamente solicita que la ampliación sea de 8 semanas, según solicitó en vía administrativa, y no de 10 cómo se infiere de su alegato.

Las razones que esgrime la parte recurrente giran en torno a la igualdad y a la protección del interés del menor, pues considera que los hijos recién nacidos de una familia monoparental no pueden tener la compañía y los cuidados de un progenitor durante menos tiempo que los recién nacidos en una familiar biparental. Citando, además del expresado artículo 49 del EBEP, la Convención de los Derechos del Niño, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el artículo 14 de la CE, y la discrepancia de las resoluciones judiciales dictadas al respecto, ya sea de los Juzgados o de las Salas, siempre de nuestro orden jurisdiccional.

La Administración recurrida, por su parte, ni se ha personado ni, por tanto, ha presentado escrito de oposición a la interposición del recurso de casación.

CUARTO.- El marco jurídico de aplicación

Las normas jurídicas sobre la configuración y extensión de los permisos de maternidad y paternidad, para el personal docente, por lo que hace al caso, vienen establecidas, con carácter general para los empleados públicos, en el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre (TRLEBEP). En concreto, en el Título III sobre los derechos y deberes y código de conducta de los empleados públicos, y dentro de éste, en el Capítulo V que regula el derecho a la jornada de trabajo, permisos y vacaciones, en el que se ubica

sistemáticamente el artículo 49 que, en la redacción que resulta de aplicación al supuesto que examinamos, señala que en todo caso se concederán los siguientes permisos con las correspondientes condiciones mínimas:

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

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

En el caso de que ambos progenitores trabajen y transcurridas las seis primeras semanas de descanso obligatorio, el período de disfrute de este permiso podrá llevarse a cabo a voluntad de aquellos, de manera interrumpida y ejercitarse desde la finalización del descanso obligatorio posterior al parto hasta que el hijo o la hija cumpla doce meses. En el caso del disfrute interrumpido se requerirá, para cada período de disfrute, un preaviso de al menos 15 días y se realizará por semanas completas.

(...)

c) Permiso del progenitor diferente de la madre biológica por nacimiento, guarda con fines de adopción, acogimiento o adopción de un hijo o hija: tendrá una duración de dieciséis semanas de las cuales las seis semanas inmediatas posteriores al hecho causante serán en todo caso de descanso obligatorio. Este permiso se ampliará en dos semanas más, una para cada uno de los progenitores, en el supuesto de discapacidad del hijo o hija, y por cada hijo o hija a partir del segundo en los supuestos de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples, a disfrutar a partir de la fecha del nacimiento, de la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o acogimiento, o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción.

Este permiso podrá distribuirse por el progenitor que vaya a disfrutar del mismo siempre que las seis primeras semanas sean ininterrumpidas e inmediatamente posteriores a la fecha del nacimiento, de la decisión judicial de guarda con fines de adopción o acogimiento o decisión judicial por la que se constituya la adopción.

En el caso de que ambos progenitores trabajen y transcurridas las seis primeras semanas, el período de disfrute de este permiso podrá llevarse a cabo de manera interrumpida y ejercitarse desde la finalización del descanso obligatorio posterior al parto hasta que el hijo o la hija cumpla doce meses “”.

QUINTO.- Consideraciones preliminares

La mera lectura del artículo 49 del TRLEBEP pone de manifiesto, en lo que ahora importa, varias consideraciones preliminares.

En primer lugar, que el régimen jurídico de los derechos y deberes de los empleados públicos, específicamente los permisos por nacimiento para la madre biológica y los permisos, por igual causa y asimilados, del progenitor diferente de la madre biológica, que diseña el citado artículo 49, no contempla expresamente el supuesto de hecho ahora examinado, esto es, la extensión concreta del permiso de maternidad en los casos de las familias monoparentales, como sucede en el caso de doña Flora, ahora recurrente.

Dicho de otro modo, la regulación del expresado artículo 49 no autoriza, ni impone, ni prohíbe, que el permiso de maternidad del apartado a), pueda añadirse, o no, el permiso del otro progenitor que regula el apartado c) del mismo precepto legal, siempre en la parte que resulta aplicable, es decir,

excluyendo las seis primeras semanas de descanso obligatorio, que son las posteriores al parto o al "hecho causante" (artículo 49.c/ del TRLEBEP).

Esta falta de previsión legal específica al respecto supone que nos corresponde interpretar, según los criterios hermenéuticos que establece nuestro ordenamiento jurídico, las normas que contiene el artículo 49, sobre los permisos de maternidad, para inferir una respuesta a la cuestión de interés casacional que determinó la admisión de presente recurso de casación, y que resulte acorde con nuestra Constitución, el derecho de la UE, las normas supranacionales, y las leyes de aplicación.

En segundo lugar, el diseño de los permisos de maternidad y paternidad que hace el TRLEBEP, al margen de las excepciones previstas en el mismo, consiste básicamente en lo siguiente: El permiso de maternidad, esto es, el que tiene lugar "por nacimiento para la madre biológica", tendrá una duración de dieciséis semanas, de las cuales las seis semanas inmediatas posteriores al parto serán en todo caso de descanso obligatorio e ininterrumpidas. Del mismo modo que el permiso del otro progenitor diferente de la madre biológica por nacimiento, guarda con fines de adopción, acogimiento o adopción de un hijo o hija, tendrá una duración de dieciséis semanas de las cuales también las seis semanas inmediatas posteriores al hecho causante serán en todo caso de descanso obligatorio. De modo que ambos progenitores tendrán, inmediatamente después del nacimiento, un permiso de seis semanas con carácter obligatorio. Periodo durante el cual ambos coinciden en el cuidado del menor recién nacido.

Transcurrido este periodo de seis semanas, y cuando ambos progenitores trabajen, el tiempo de disfrute de este permiso que resta, y que ya no es obligatorio, podrá llevarse a cabo y repartirse a voluntad de aquellos, de manera interrumpida y ejercitarse desde la finalización del descanso obligatorio posterior al parto hasta que el hijo o la hija cumpla doce meses.

En conclusión, en la interpretación de este marco normativo según la sentencia impugnada que estimó la apelación y desestimó el recurso contencioso-administrativo, los recién nacidos en las familias biparentales estarán acompañados por un progenitor y recibirán sus cuidados y atenciones durante 26 semanas (6 semanas por ambos progenitores y 20 semanas según la voluntad de los mismos cuando ambos trabajen), según los apartados a) y c) del artículo 49. Mientras que respecto de las familias monoparentales, el permiso se extenderá únicamente a 16 semanas por aplicación del apartado a) del artículo 49 del TRLEBEP.

En tercer lugar, debemos reparar que en la regulación del mentado artículo 49 sí hay un tipo de familia monoparental que expresamente es digna de mención por el legislador. Es *en caso de fallecimiento de la madre*, pues en este supuesto se permite que *el otro progenitor podrá hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste de permiso* de la madre que falleció. En este supuesto del progenitor viudo, por tanto, la duración del permiso sí se extiende hasta el límite de las familias biparentales produciéndose la suma o adición que ahora postula la parte recurrente para la familia monoparental, naturalmente en la parte que reste del permiso que, en su caso, hizo uso la madre antes de fallecer.

Esta previsión evidencia que el legislador ha tenido en cuenta la poderosa presencia del interés superior del menor en este tipo de permisos, aunque limitado al supuesto del fallecimiento de la madre.

SEXTO.- La igualdad y el interés superior del menor

Los efectos y diferencias entre las familias monoparentales y biparentales, que genera la aplicación administrativa del artículo 49 del TRLEBEP, a tenor del acto administrativo originariamente impugnado y la sentencia de apelación, sobre la configuración y extensión de estos permisos, no parece compatible ni con la Constitución, ni con el derecho de la Unión Europea, ni con las normas

internacionales, y, en fin, ni con el resto del ordenamiento jurídico, en los términos que seguidamente expresamos.

En la caracterización y ordenación de estos permisos convergen una serie de intereses variados, todos dignos de protección, como son, ante todo, la protección de la madre: su salud y bienestar (1); el interés de la familia que exige la presencia de ambos progenitores en las seis primeras semanas con el menor recién nacido, para hacer efectivo el cuidado a los descendientes del artículo 68 del Código Civil, fortaleciendo el vínculo familiar (2); el interés del menor que precisa una constante e intensa protección, atención y cuidados durante los primeros meses de vida (3); la promoción de la igualdad entre los progenitores respecto de los deberes derivados del cuidado de los hijos (4); y en fin, el favorecimiento la conciliación familiar y profesional (5).

Ahora bien, siendo todos los intereses relevantes e igualmente legítimos, el interés del menor destaca sobre todos ellos, es un interés superior, que se erige por encima de todos los demás, a los efectos ahora examinados, situándose en un plano destacado y preferente. Esto es así porque, en todo caso, lo que está en juego es la igualdad entre los menores recién nacidos, evitando la aparición de cualquier forma de discriminación por razón de nacimiento, y por cualquier otra condición o circunstancia personal o social (artículo 14 de la CE), según haya nacido en un tipo u otro de familia. La igualdad exige evitar cualquier clase de discriminación, toda vez que la interpretación que hagamos del artículo 49 debe resultar conforme con ese derecho fundamental y con la interdicción de cualquier forma de discriminación, alejándonos, por tanto, de interpretaciones que erosionen este derecho fundamental.

A los efectos de la igualdad conviene reparar que entre los supuestos que cita el artículo 14 de la CE está específicamente el nacimiento, pues señala que los españoles son iguales ante la ley, *sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*. El tipo de familia no puede, por tanto, determinar la diferencia de trato, de modo que el nacido en una familia monoparental disfrutará del cuidado, atención y protección familiar (que establece el artículo 68 del Código Civil) por un tiempo muy inferior, 16 semanas, que tendría si hubiera nacido en una familia biparental, 26 semanas.

Nos encontramos, por tanto, ante una discriminación entre menores que se cualifica por el perjuicio indudable que padecen quienes se ven privados tempranamente de los cuidados que dispensan con su presencia constante alguno de sus progenitores. Ni que decir tiene que la diferencia temporal en el número de semanas no es baladí cuando se trata de protección y atención a esa edad tan temprana.

La situación resulta especialmente lacerante por la ausencia de justificación alguna. No es que se trate de una justificación que no pueda considerarse objetiva ni razonable, es que no aparece ninguna justificación. Téngase en cuenta que la necesidad de cuidados de los menores es la misma en todos los casos, por lo que el trato debe ser igual, sin que puedan crearse, ante esa falta de justificación, situaciones discriminatorias carentes de efectos jurídicos.

Recordemos que el juicio de igualdad es un juicio relacional. Debe partir, como presupuesto necesario, que estemos ante grupos o categorías que estén en situaciones subjetivas homogéneas, como son todos los menores recién nacidos. Y sin embargo se produzcan consecuencias jurídicas diferentes como es la reducción drástica de las semanas del permiso en las familias monoparentales. Y, en fin, la ilicitud de tal diferencia de trato se evidencia, como hemos reiterado, por la falta de justificación objetiva y razonable al respecto.

La aplicación normativa que hacemos, para evitar la lesión de la igualdad, parte del artículo 10.2 de la CE cuando establece que la interpretación que se realice de la norma relativa al derecho fundamental, en este caso del artículo 14 de la CE, ha de ser conforme a los acuerdos y tratados internacionales ratificados por España.

Del mismo modo que el artículo 39 de la CE, aunque incluido dentro de los principios rectores de política social y económica en el Capítulo Tercero del Título I y con la eficacia, por tanto, que prevé el artículo 53.3 de la CE, no sólo obliga a los poderes públicos a asegurar la protección de la familia y la protección integral de los hijos, sino que, en el apartado 4, añade que "*Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos*".

Viene a cuento, en consecuencia, la cita de las normas internacionales, y antes las de la UE en este sentido. Es el caso de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en cuyo artículo 24 declara que los menores tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Añadiendo que, *en todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial*.

Del mismo modo que la Directiva 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, en su considerando 37 declara que el requisito de evaluar si las condiciones de acceso al permiso parental y las modalidades detalladas del mismo deben adaptarse a las necesidades específicas de los progenitores en situaciones particularmente adversas, se anima a los Estados miembros a que valoren si las condiciones y las modalidades detalladas de ejercicio del derecho al permiso parental, el permiso para cuidadores y las fórmulas de trabajo flexible deben adaptarse a necesidades específicas, por ejemplo, *familias monoparentales*, entre otros supuestos que relaciona.

La Convención sobre los derechos del niño de Naciones Unidas, por su parte, dispone, en el artículo 2.1, que los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, *sin distinción alguna*, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

Ni que decir tiene, que además de la regulación constitucional del artículo 96 de la CE, la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, establece en el artículo 31 que las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional.

Igualmente, en el plano normativo legal, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, tras la reforma por LO 8/2015, establece en el artículo 2, que todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, *así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir*.

La interpretación que hacemos, en consecuencia, del artículo 49 del TRLEBEP es la que resulta conforme con la Constitución, en concreto los artículos 14 y 39, y el resto del ordenamiento jurídico, respetando la igualdad y el interés superior del menor, mediante la proscripción de cualquier forma de discriminación por razón de nacimiento. Y no divisamos ninguna circunstancia que proporcione una justificación razonable para explicar la diferencia de efectos jurídicos entre ambas situaciones jurídicas equiparables, entre menores recién nacidos en función del tipo de familia, monoparental o biparental, a los efectos del artículo 49 de tanta cita. Ni siquiera resultan entendibles, como antes adelantamos, las razones por las que unos menores recién nacidos puedan recibir durante más tiempo la atención y los cuidados de alguno de sus progenitores, empleados públicos y otros no. Todos deben recibir el cuidado y atención a que se refiere el artículo 68 del Código Civil, en la misma medida, sin que la interpretación de la Ley pueda conducirnos a conclusiones que lesionen la igualdad.

No puede haber, en resumen, ninguna diferenciación entre iguales que resulte inexplicable. Desde el punto de vista de la lógica jurídica, para que resulte constitucionalmente legítima la diferencia de trato, ésta no puede basarse en razones arbitrarias, engañosas, o de orden práctico. Al contrario, han de ser razones justificadas y proporcionadas a la finalidad perseguida. En este sentido viene declarando del Tribunal Constitucional, por todas, STC 117/2018, 29 de octubre, que *“el principio de igualdad no exige en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del artículo 14 CE, sino tan solo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que exista una justificación objetiva y razonable para ello. Sería además necesario, para que fuera constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida; de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos (SSTC 22/1981, de 2 de julio; 49/1982, de 14 de julio; 117/1998, de 2 de junio; 200/2001, de 4 de octubre; 39/2002, de 14 de febrero, y 41/2013, de 14 de febrero, entre otras muchas)”*.

En relación, con el interés superior del menor la STC 130/2022, de 24 de octubre declara que *“En aquellos casos en que los derechos fundamentales van referidos a una persona menor de edad, o que pudiera serlo, tal circunstancia ha de ser tenida en cuenta por el Tribunal, en atención al principio constitucional de protección del interés superior del menor reconocido en el art. 39 CE; y justifica una modulación del contenido y alcance de aquellos, precisamente para tutelar este interés superior constitucionalmente reconocido, llegando incluso a atemperar la rigidez de algunas normas procesales o sacrificar los legítimos intereses y perspectivas de terceros e incluso derechos y principios constitucionales (SSTC 187/1996, de 25 de noviembre; 141/2000; 77/2018, de 5 de julio, y 178/2020, de 14 de diciembre, entre otras)”*.

En todo caso, la Ley ya ha encarado un supuesto de familia monoparental, como el que tiene lugar por el fallecimiento de la madre, en el artículo 49 a) párrafo segundo del TRLEBEP, antes aludido. Y ante esta circunstancia ha llegado a la conclusión de que el otro progenitor puede hacer uso de la totalidad del permiso en curso de la madre, permitiendo, por tanto, la suma o adición que postula aquí la parte recurrente, y que la Administración y la Sala de apelación vedaron.

Es cierto que son pocos, afortunadamente, los supuestos de aplicación de esa previsión normativa, por el fallecimiento de la madre, si lo comparamos con las familias monoparentales. Pero la realidad social pone de manifiesto que en estas últimas familias son, por la abrumadora mayoría, las mujeres quienes vertebran y sostienen la familia y afrontan el cuidado de los hijos. Sin que, desde luego, podamos atender a un criterio cuantitativo sobre el incremento de las familias monoparentales, o de orden práctico, para justificar la diferencia de trato ni para avalar una respuesta negativa a la ampliación del permiso cuya denegación se impugnó ante los órganos jurisdiccionales, toda vez que la interpretación normativa que hacemos es la procedente desde un punto de vista lógico, sistemático, teleológico e integrador de nuestro ordenamiento jurídico.

SÉPTIMO. - Los contornos de nuestra aplicación e interpretación del artículo 49 del TRLEBEP

El régimen jurídico que dibuja el artículo 49, según adelantamos, no autoriza, ni impone, ni prohíbe, que al permiso de maternidad del apartado a), pueda añadirse, o no, el permiso del otro progenitor que regula el apartado c) del mismo precepto legal. Ello referido, como es natural, a la parte que resulta acumulable, es decir, excluyendo las seis primeras semanas de descanso obligatorio, que son las posteriores al parto o al "hecho causante" (artículo 49.c) y durante las que se solapa la presencia de ambos progenitores en el cuidado al menor.

De manera que tanto si la interpretación normativa nos llevara a declarar, para las familias monoparentales, que la denegación de la ampliación del permiso es conforme a Derecho o, por el

contrario, que no lo es, en ambos casos estaríamos haciendo una interpretación integradora de la ley, porque en supuesto de hecho de la norma, y el sistema que regula, es únicamente para la familia biparental.

En definitiva, si ha de estarse únicamente al permiso del apartado a) (16 semanas), o si debemos estar a la suma de las diez semanas restantes del apartado b) (26 semanas), en ambos casos se necesita una innegable labor interpretativa, según los criterios hermenéuticos aplicables, pues la Ley expresamente no se refiere a los permisos en las familias monoparentales, ni para concederlos ni para denegarlos. Y ello no nos puede conducir a declarar que ante el silencio de la Ley, lo que procede es denegar cualquier permiso, tanto los de apartado a), como los del apartado a) y c) del artículo 49 del TRLEBEP, porque ninguna clase de permiso se prevé específicamente para este tipo de familias.

Es más, la solución contraria a la expuesta en los fundamentos anteriores, esto es, considerar que sólo resulta de aplicación al caso el apartado a) del artículo 49 de tanta cita (permiso de 16 semanas), supone la aplicación de una parte aislada de las normas del artículo 49, sólo del apartado a), cuando lo cierto es que el régimen jurídico que diseña el artículo 49 es un verdadero "sistema" acotado, que está concebido, configurado, e interconectado pensando en ambos progenitores de la familia biparental. De modo que aplicar sólo el permiso del apartado a) supone desgajar una parte del todo para aplicarlo por conveniencia a un supuesto de hecho que no es el previsto en la Ley. En definitiva, se trocea la aplicación de la norma legal para anudar la consecuencia jurídica que se considera adecuada, o de menor impacto económico, al caso de la familia monoparental, partiendo de un supuesto de hecho, insistimos, que no es el previsto por el legislador. Y, en todo caso, el único supuesto de familia monoparental, cuando fallece la madre, ha sido regulado expresamente por la Ley, permitiendo la suma de ambos permisos.

Si la Ley hubiera establecido expresamente esa diferenciación en el régimen jurídico de familias monoparentales o biparentales, no estaríamos abordando sólo cuestiones interpretativas, sino que estaríamos evidenciado las dudas que nos suscitaba una regulación legal expresa que discriminara a los menores de la familia monoparental, a los efectos de plantear la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad del artículo 163 de la CE.

Ciertamente nuestra función en la interpretación de las normas, que es de lo que se trata, no es un cometido sencillo, y más ante la imprecisa redacción del artículo 49 tantas veces modificado, porque el ordenamiento jurídico no es una mera suma de normas o textos normativos, legales y reglamentarios, que precisen de una aplicación mimética al caso concreto. Es una estructura organizada que constituye un verdadero sistema, en el que además del conjunto de normas están los principios constitucionales o no y los criterios hermenéuticos mediante los que se materializa la interpretación normativa, a través de la vinculación y ensamblaje que proporciona la necesaria coherencia y racionalidad a esa estructura, según el correspondiente sistema de fuentes del Derecho.

El ordenamiento jurídico funciona necesariamente como un sistema total, atendida su función de regular la integridad del conjunto social del que surge. Ese carácter alcanza a disponer de una respuesta ante cualquier situación que se presenta. Repárese, en este sentido, que en el orden contencioso administrativo las lesiones a la legalidad se vinculan al ordenamiento jurídico. El artículo 70.2 de la LJCA es prueba de ello cuando se refiere a "*cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder*", infracción no de la norma sino del ordenamiento jurídico.

Por ello, debe aplicarse el sistema de fuentes, en este caso la Constitución y la Ley, además de la incidencia de las citadas normas de la UE y normas internacionales, y también los principios generales del derecho, con un especial esmero que evite la lesión de derechos fundamentales. Teniendo en cuenta también que, a los efectos de interpretar el artículo 49 del TRLEBEP, los criterios hermenéuticos que fija el artículo 3 del Código Civil, nos sitúan en el contexto, en referencia al supuesto de hecho al que se anuda la consecuencia jurídica que se establece. Y en la realidad social

actual en el momento de su aplicación, en la que se constata, por lo que ahora interesa, la aparición de un nuevo tipo de familia que no se puede desconocer. Siempre atendiendo al espíritu y finalidad de la norma, que representa, junto a los otros intereses igualmente legítimos (singularmente la protección a la mujer en el "embarazo, parto y puerperio" según señaló la STC 111/2018, de 17, de octubre) y los demás citados, el interés superior del menor y la prohibición de discriminación entre menores recién nacidos.

En nuestra jurisdicción contencioso-administrativa, en fin, apreciamos una innegable controversia en esta materia, y no sólo porque en este caso el Juzgado estimó el recurso de la recurrente, y la Sala lo desestimó tras estimar la apelación de la Administración, sino también por la disparidad de criterios que se están sucediendo sobre esta cuestión en los Juzgados y en las Salas de los distintos Tribunales Superiores de Justicia, estimando, desestimando o planteando cuestión de inconstitucionalidad. De manera que la casación debe cumplir su función en la fijación de criterios y pautas que impidan que se erosione la seguridad jurídica (artículo 9.3 de la CE) y la igualdad en la aplicación de la Ley (artículo 14 de la CE), al desempeñar su función llamada a complementar el ordenamiento jurídico, artículo 1.6 del Código Civil, al interpretar y aplicar el ordenamiento jurídico.

OCTAVO.- *La cita de la Sentencia de la Sala Cuarta de 2 de marzo de 2023*

La parte recurrente, en su escrito de interposición, cita la sentencia de la Sala Cuarta de este Tribunal Supremo, de 2 de marzo de 2023, postulando la no aplicación al caso por haberse dictado en otro orden jurisdiccional distinto al contencioso-administrativo. La expresada sentencia, efectivamente, se ha pronunciado en sentido distinto al que hemos expuesto en los fundamentos anteriores, en el orden jurisdiccional social, aplicando un marco jurídico diferente, pero de similar contenido.

No obstante, el tiempo transcurrido desde la indicada Sentencia, en conjunción con la evolución de la realidad social (artículo 3.1 del Código Civil) respecto de los tipos de familia, así como la profusión y disparidad de los pronunciamientos en nuestro orden jurisdiccional contencioso-administrativo, explican la diferencia y el sentido estimatorio de nuestra sentencia, por las razones expresadas en los fundamentos precedentes.

Téngase en cuenta que la presente sentencia se enmarca en el ámbito relativo al régimen estatutario del empleado público, a través del TRLEBEP, toda vez que los artículos 23.2 y 103.3 de la CE imponen ciertas exigencias formales y materiales sobre la regulación del estatuto de los funcionarios públicos, que han de ser observadas. Esta naturaleza estatutaria sitúa al funcionario público en una situación jurídica objetiva, definida legal y reglamentariamente y, por ello, modificable por uno u otro instrumento normativo de acuerdo con los principios de reserva de Ley y de legalidad.

Esta Sala Tercera, en fin, y a resultas de lo que determine, en su caso, el Tribunal Constitucional en relación con las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas, o en su caso también, el legislador en lo relativo a la regulación legal expresa de las familias monoparentales, considera que la igualdad por razón de nacimiento o por cualquier circunstancia social, respecto de los menores recién nacidos (artículo 14 de la CE) y el interés superior del menor (artículo 39 de la CE), nos conduce a una interpretación conforme con la Constitución, que no podemos soslayar, a tenor de lo ya razonado en esta sentencia.

NOVENO.- *La estimación de la casación y la respuesta a la cuestión de interés casacional*

Acorde con lo expuesto en los anteriores fundamentos, procede estimar el recurso de casación, lo que comporta casar y anular la Sentencia de la Sala de apelación. También debemos desestimar el recurso de apelación, interpuesto por la Administración de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, contra la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo, que había reconocido el derecho de la recurrente a la ampliación del permiso por 8 semanas, que es lo que había solicitado ante la

Administración, en el recurso contencioso-administrativo y en esta casación, y por elementales razones de congruencia, esta sentencia no puede rebasar.

La respuesta a la cuestión de interés casacional, en definitiva, es que en el caso de las familias monoparentales, el permiso previsto en el artículo 49 del TRLEBEP, 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 previsto en el apartado a) (16 semanas), el previsto en el apartado b) (10 semanas al excluirse las 6 primeras semanas). Si bien, insistimos, en este caso se solicitó, y se concedió por el Juzgado, únicamente la adición de 8 semanas.

DÉCIMO.- Las costas procesales

De conformidad con los artículos 93.4 y 139.2 de nuestra Ley Jurisdiccional, en materia de costas procesales en casación cada parte asumirá las costas procesales causadas a su instancia y las comunes por mitad. Y no hacemos imposición de las costas en la apelación, a tenor del artículo 139.2 de la misma Ley, por la dificultad que entraña el caso.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

- 1.- Estimar el recurso de casación núm. 5372/2022, interpuesto por procurador de los Tribunales don Salvador Simó Martínez, en nombre y representación de doña Flora, contra la Sentencia, de 10 de mayo de 2022, dictada por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede en Valladolid, en el recurso de apelación núm. 584/2021, que se casa y anula.
- 2.- Desestimar el recurso de apelación, interpuesto por la Administración de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, contra la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 2 de Valladolid, de 6 de septiembre de 2021, dictada en el recurso contencioso-administrativo núm. 167/2020, que se confirma.
- 3.- No hacer imposición de las costas procesales en los términos expuestos en el último fundamento de derecho de esta resolución.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.