

Sentencia Juz. Central Cont.-Adm. (núm. 11) 76/2013, de 4 de abril

SENTENCIA

En Madrid a cuatro de Abril de dos mil trece.

Vistos por mí, D. Manuel Ponte Fernández, Magistrado- Juez del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo n.º11, los presentes autos de procedimiento abreviado, seguidos ante este Juzgado con el número de registro n.º 203/12, a instancia de D. Isidoro, funcionario del Cuerpo Nacional de Policía, quien comparece representado y asistido por el Letrado D. Diego Zarza Arias, siendo demandado el Ministerio del Interior, representado y asistido por el Abogado del Estado. La cuantía del recurso es indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.—La parte demandante interpuso recurso contencioso administrativo el día 11 de Mayo de 2012 contra la Resolución del Ministerio del Interior de fecha 1 de Marzo de 2012, por la que se desestimaba el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución de 3 de Noviembre de 2011, por la que se desestimaba al recurrente el permiso de lactancia de tres semanas de duración a partir del día 21 de Noviembre de 2011.

Segundo.—En su escrito de demanda, la parte actora expuso cuantos hechos y fundamentos de derecho consideró de aplicación y terminó por suplicar a este Juzgado se dictase sentencia por la que, estimando el presente recurso se revoque y anule la resolución impugnada, por no ser conforme a Derecho.

Tercero.—En su contestación a la demanda, el Abogado del Estado se opuso a las pretensiones de la parte demandante; y tras exponer cuantos hechos y fundamentos de derecho consideró de aplicación, solicitó se dictase sentencia por la que se desestime el recurso y confirme el acto recurrido, toda vez que el mismo es ajustado a Derecho.

Cuarto.—Recibido el pleito a prueba, se practicó la admitida, quedando seguidamente los autos conclusos para dictar sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—El presente recurso contencioso administrativo tiene por objeto la Resolución del Ministerio del Interior de fecha 1 de Marzo de 2012, por la que se desestimaba el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución de 3 de Noviembre de 2011, por la que se desestimaba al recurrente el permiso de lactancia de tres semanas de duración a partir del día 21 de Noviembre de 2011.

El demandante expone, en apoyo de su pretensión de anulación del acto administrativo, que pertenece al Cuerpo Nacional de Policía y que está casado con D.ª Rita, Jueza titular del Juzgado de Violencia sobre la Mujer de DIRECCION000. Manifiesta el demandante que por haber nacido, por parto múltiple, dos hijos mellizos, le fue concedido a su esposa, por parte del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, el permiso sustitutivo de lactancia por la prolongación de la licencia por razón de maternidad gemelar, con una duración de cinco semanas, poniendo de manifiesto la concesión del permiso que se habían renunciado a las tres semanas restantes a favor de su marido, el aquí recurrente. En consecuencia, el recurrente solicitó a la Administración un permiso de lactancia de tres semanas de duración, desde el día 21 de Noviembre de 2011 hasta el día 11 de Diciembre de 2011, lo que le fue denegado en virtud de la resolución aquí recurrida, por considerar la Administración que no es posible la concesión, puesto que el permiso no se podía disfrutar de forma compartida y tenía que ser disfrutado en su totalidad por uno de los conyuges. Argumenta, en síntesis, el recurrente que el propio tenor literal del artículo

48. f), al señalar el ejercicio indistinto del permiso por ambos progenitores, permite sustentar la interpretación que propone en su demanda, e invoca para ello el tenor de

la Ley Orgánica 3/2007, así como la interpretación de las normas de acuerdo con la realidad social y el tiempo en el que han de ser aplicadas.

En consecuencia, interesaba en su demanda la estimación del recurso contencioso-administrativo, con anulación del acto administrativo recurrido, reconociendo el derecho del recurrente al disfrutar del permiso de lactancia de tres semanas de duración por nacimiento de dos hijos.

Por su parte, el Abogado del Estado, en el acto de la vista, se opuso a los pedimentos formulados de contrario, argumentando, en síntesis, que el acto administrativo es conforme a Derecho, conforme al tenor literal del artículo 48 f) del Estatuto Básico del Empleado Público.

Segundo.—La resolución de la pretensión, de naturaleza estrictamente jurídica, ha de partir de la exposición de la normativa que regula el denominado permiso de lactancia de los funcionarios públicos.

El artículo 48.1.f) del Estatuto Básico del Empleado Público establece que "por lactancia de un hijo menor de doce meses tendrá derecho a un hora de ausencia del trabajo que podrá dividir en dos fracciones. Este derecho podrá sustituirse por una reducción de la jornada normal en media hora al inicio y al final de la jornada o, en una hora al inicio o al final de la jornada, con la misma finalidad. Este derecho podrá ser ejercido indistintamente por uno u otro de los progenitores, en el caso de que ambos trabajen. Igualmente, la funcionaria podrá solicitar la sustitución del tiempo de lactancia por un permiso retribuido que acumule en jornadas completas el tiempo correspondiente. Este permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de parto múltiple".

Así, la regulación actual tiene como origen la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de Marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en cuyo párrafo octavo del apartado III de su exposición de motivos pone de manifiesto que "especial atención presta la Ley a la corrección de la desigualdad en el ámbito específico de las relaciones laborales. Mediante una serie de previsiones, se reconoce el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y se fomenta una mayor corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción de obligaciones familiares, criterios inspiradores de toda la norma que encuentran aquí su concreción más significativa". El artículo 44 del indicado texto legal señala que "los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se reconocerán a los trabajadores y las trabajadoras en forme que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio, añadiendo el apartado que el permiso y la prestación por maternidad se concederán en los términos previstos en la normativa laboral y de la Seguridad Social, y el apartado tercero dispone que "para contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares, se reconoce a los padres el derecho a un permiso y una prestación por paternidad, en los términos previstos en la normativa laboral y de la Seguridad Social".

La Ley 3/2007, asimismo, modificó la letra f) del artículo 30.1 de la Ley 30/84, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, en los siguientes términos "la funcionaria, por lactancia de un hijo menor de doce meses, tendrá derecho a un hora diaria de ausencia del trabajo, que podrá dividir en dos fracciones. Este derecho podrá sustituirse por una reducción de la jornada normal en media hora al inicio y al final de la jornada, con la misma finalidad. Este derecho podrá ser ejercido indistintamente por uno u otro de los progenitores, en el caso de que ambos trabajen. Igualmente, la funcionaria podrá solicitar la sustitución del tiempo de lactancia por un permiso retribuido que acumule en jornadas completas el tiempo correspondiente. Este permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de parto múltiple".

Finalmente, como más arriba ha quedado transcrito, el precepto ha quedado incorporado al Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por la Ley 7/2007.

Tercero.—No son hechos discutidos en el procedimiento que a la esposa del recurrente, perteneciente a la carrera judicial, le fue concedido un permiso por lactancia, con una duración de cinco semanas de las ocho posibles, pues aquélla había renunciado a las tres restantes a favor de su esposo, aquí recurrente. Conforme a la documentación obrante en el expediente administrativo (folios 7 y 8), se concluye que la duración máxima de dicho permiso, conforme a la opción ejercitada por la esposa del recurrente, es de ocho semanas, por parto múltiple, lo que no se cuestiona por ninguna de las partes.

Pues bien, este Juzgador considera que debe estimarse el recurso contencioso-administrativo. En efecto, en la misma línea en la que se han pronunciado recientes sentencias, como la del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 7 de Febrero de 2012, este permiso es susceptible de ser disfrutado previa solicitud y cesión, en su caso, por parte de la madre, durante los doce meses en que se prevé la lactancia del menor, tanto en el Estatuto Básico del Empleado Público, como en el artículo 243 a) del Reglamento 1/1995, de 7 de Junio, de la Carrera Judicial. Asimismo, en línea con esta misma sentencia y con la sentencia del mismo Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 16 de Enero de 2012, cabe señalar que frente al artículo 49 a) del EBEP, que establece la incompatibilidad de la concesión de determinados derechos a los dos progenitores cuando ambos trabajan (en el caso de que ambos progenitores trabajen, la madre, al iniciarse el periodo de descanso por maternidad, podrá optar porque el otro progenitor disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del período de descanso anterior al parto, bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre), parece claro que al no haberlo dispuesto así el legislador en el apartado primero letra f) del artículo 48 es porque ha querido concebirlo como derecho de cada uno de los progenitores, indistinta y conjuntamente. En efecto, el tenor literal de la norma y la interpretación sistemática del precepto permite llegar a la anterior conclusión, que conduce a la resolución de la litis, y es que nos encontramos ante un derecho que no es exclusivo de la madre, de manera que sea ésta la única titular y que, como tal, puede cederlo, sino que el derecho corresponde como titulares indistintos a ambos progenitores.

Por otra parte, en lo que tienen más importancia para el asunto que aquí nos ocupa, la referida sentencia es explícita al afirmar que "en conclusión, la interpretación de lo dispuesto en el Estatuto del Empleado Público a propósito del permiso de lactancia y la viabilidad de disfrutar parte del mismo por el "otro progenitor", artículo 48.1.f) ha de efectuarse en los términos que preceden, reconociendo el derecho que, de lege data, aparece ya tanto en el Estatuto de los Trabajadores, tras su modificación por la Ley Orgánica 3/2007, como con el Estatuto Básico del Empleado Público aprobado por Ley 7/07, de 12 de Abril...concluyendo que su fin es facilitar claramente la conciliación de la vida familiar con un trato más igual entre los dos progenitores, con independencia del régimen jurídico a que esté sujeto su ejercicio profesional...". Igualmente, la referida sentencia cita la propia Resolución de 15 de Noviembre de 2002 de la Secretaría de Estado para la Administración Pública, ordenando la publicación del acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de Noviembre de 2002 aprobatorio del acuerdo Administración- Sindicatos para el período 2003-2004, indicando, en punto al permiso de lactancia, que el derecho "podrá ser ejercido indistintamente por el padre, siempre que demuestre que no es utilizado por la madre a un mismo tiempo".

En conclusión, no puede compartir este Juzgador la interpretación restrictiva sostenida por la Administración respecto al permiso de lactancia, pues el artículo 48.1.f) del EBEP en modo alguno contiene la limitación que fundamenta el rechazo de la pretensión en vía administrativa, de manera que comenzado a ser ejercido por uno de los

progenitores no pueda serlo por el otro hasta el cumplimiento del plazo máximo del permiso. Antes al contrario, el derecho del aquí recurrente, que no es cedido, sino que es ostentado en concepto de titular, podrá ejercerse con la única limitación temporal

de la edad de doce meses del menor, de la duración total del permiso y de que no sea ejercido por la madre al mismo tiempo.

En consecuencia, el recurso contencioso-administrativo ha de ser estimado, sin que frente a dicho criterio pueda prevalecer el contenido en los criterios de interpretación de la Dirección General de la Función Pública, por constituir una instrucción de carácter interno que no puede

condicionar o limitar el disfrute de un derecho reconocido en norma con rango de Ley, ni tampoco el criterio de este Juzgador.

Cuarto.—En lo que respecta a las costas procesales, el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional, en virtud de la redacción introducida por la Ley 37/2011, de 10 de Octubre, de medidas de agilización procesal, cuya entrada en vigor se produjo el día 31 de Octubre de 2011, dispone que en primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación, en nombre de S.M. el Rey y por la autoridad conferida por la Constitución,

FALLO

Que debo estimar y estimo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. Isidoro contra la Resolución del Ministerio del Interior de fecha 1 de Marzo de 2012, por la que se desestimaba el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución de 3 de Noviembre de 2011, por la que se desestimaba al recurrente el permiso de lactancia de tres semanas de duración a partir del día 21 de Noviembre de 2011, que se anula por no ser conforme a Derecho, reconociendo al recurrente el derecho al disfrute del permiso solicitado; con imposición a la Administración de las costas procesales.

Intégrese la presente sentencia en el libro de su clase y notifíquese en la forma prevenida en el Art. 248.4 de la L.O. 6/1.985, de 1 de julio, del Poder Judicial, advirtiéndole que contra la misma cabe interponer, ante este mismo Juzgado, recurso de apelación en el plazo de los quince días siguientes a su notificación, para su resolución por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, haciéndose saber a la parte no exenta legalmente de tal obligación que para la admisión del recurso es preciso la constitución previa de un depósito por importe de 50 euros en la Cuenta Provisional de Consignaciones de este Juzgado abierta en Banesto, haciendo constar en el resguardo de ingreso los siguientes datos: 4257-0000-24-0203-12, y en el campo "Concepto": RECURSO COD 22 - CONTENCIOSO APELACION RESOLUCION DE FECHA 4.04.13.

Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, el código y tipo de recurso deberá indicarse justamente después de especificar los 16 dígitos de la cuenta expediente, separado por un espacio.

En aquellos supuestos en que pudieran realizarse otros ingresos simultáneos por la misma parte procesal, deberá realizar operaciones distintas de imposición, indicando en el "Concepto" el tipo de recurso de que se trate en cada caso, y añadiendo en el "Campo de observaciones", la fecha de la resolución objeto de recurso en formato día/mes/año, todo ello a los fines de posibilitar el tratamiento individualizado de los distintos ingresos.

Al escrito de interposición del recurso deberá acompañarse copia del resguardo de ingreso debidamente cumplimentado, para acreditar la constitución previa del citado

depósito. Sin este requisito no se admitirá a trámite recurso alguno, en aplicación de la
L.O.P.J. 1/2009, Disp. Adic. 15.

Así, por esta sentencia, lo pronuncia, manda y firma el Ilmo. Sr. D. Manuel Ponte
Fernández, MAGISTRADO-JUEZ DEL JUZGADO CENTRAL DE LO CONTENCIOSO-
ADMINISTRATIVO N.º 11.
EL MAGISTRADO-JUEZ