

**Juzgado de lo Contencioso-  
Administrativo nº 12 de Madrid**

C/ Gran Vía, 19 - 28013

45041620

NIG: 28.079.00.3-2014/0001550



(01) 30253659934

**Procedimiento Abreviado 41/2014**

**Demandante/s:** D./Dña.

LETRADO D./Dña. .

**Demandado/s:** Ayuntamiento de Móstoles

**D. JOSE FRANCISCO PELAEZ RUIZ, Secretario del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 12 de Madrid.**

**DOY FE:** Que en el **Procedimiento Abreviado 41/2014** se ha dictado resolución del siguiente tenor literal:

**SENTENCIA Nº 21/2015**

En Madrid, a diecinueve de enero de dos mil quince.

Vistos por el Ilmo. Sr. D. César González Hernández, Magistrado del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 12 de los de Madrid, los autos del Recurso Contencioso Administrativo, Procedimiento Abreviado número 41/14, de función pública (solicitud permiso de lactancia), habiendo sido parte recurrente D<sup>o</sup>. que actúa en su propio nombre y derecho asistido del letrado D. en sustitución de su compañero D. v parte recurrida el Ayuntamiento de Móstoles representado y defendido por la Letrada D<sup>e</sup>

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La parte actora presentó demanda de recurso contencioso-administrativo ante el Decanato de los Juzgados de Madrid el día 21 de enero de 2014; turnado correspondió a este Juzgado dónde tuvo entrada en fecha 23 de enero de 2014; por Decreto de 28 de enero de 2014 se admitió a trámite la demanda; se reclamó el expediente administrativo, se confirió traslado de la demanda a la Administración demandada y se convocó a las partes a la vista señalada para el día 19 de enero de 2015.

**SEGUNDO.-** Abierta la vista el día señalado, la parte actora ratificó su escrito de demanda; la Administración demanda contestó oponiéndose por los motivos que constan en el acta de la vista; las partes entienden se trata de una cuestión netamente jurídica; se fijó la cuantía del recurso como indeterminada pero en todo caso inferior a 30.000 euros; no se

recibió el pleito a prueba ni se concedió a las partes trámite de conclusiones y, sin más trámites, se declararon los autos conclusos y vistos para sentencia.

**TERCERO.**-En la tramitación de los presentes autos se han observado todas las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**- Constituye el objeto del presente recurso contencioso-administrativo la resolución dictada el día 2 de diciembre de 2013 por el Director de Personal del Ayuntamiento de Móstoles por la que se deniega la concesión del permiso de lactancia solicitado por D<sup>o</sup>. por el nacimiento de su hijo el 6 de noviembre de 2013.

**SEGUNDO.**- Entiende la parte recurrente aplicable la fundamentación jurídica de la STJUE 280/2010, de 30 de septiembre y la STC 75/2011, de 19 de mayo, al entender que tiene derecho al permiso de lactancia, con independencia de que en ese momento su mujer se encuentre en paro. Lo fundamental en esa clase de licencias o permisos es el condicionamiento del mismo a la circunstancia o hecho causante que supone el nacimiento de un hijo y la necesidad de proporcionarle la debida lactancia de forma indistinta por cualquiera de los progenitores sin que pueda condicionarse al hecho de que ambos progenitores trabajen considerando que ello determina una clara vulneración del derecho a la igualdad y por lo tanto contrario a derecho.

El Ayuntamiento de Móstoles aplicando el artículo 21 del Convenio Colectivo vigente y el artículo 48.1.f) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público ese derecho por lactancia del hijo podrá ser ejercido indistintamente por uno u otro progenitor en el caso de que ambos trabajen y al no ser así no procede su concesión.

**TERCERO.**-La interpretación del artículo 21 del Convenio Colectivo y el artículo 48.1.f) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público no puede ser otra que la que resulta de una interpretación literal y teleológica de de las normas pues este derecho podrá ser ejercido indistintamente por uno u otro progenitor, en el caso de que ambos trabajen. En caso contrario, no puede pretender disfrutarlo el padre cuando la madre se encuentra desempleada y puede perfectamente atender las necesidades del menor lactante.

El artículo 48.1.f) del EBEP dispone que: "Los funcionarios públicos tendrán los siguientes permisos: f) Por lactancia de un hijo menor de doce meses tendrá derecho a una 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".

Ninguna discriminación se produce pues tanto la normativa comunitaria Directiva 76/207/CEE del Consejo de 9 de febrero de 1976 como especialmente, la STJUE de 30 de septiembre de 2010, se refiere a un supuesto distinto del objeto de recurso y el solicitado permiso de lactancia por el padre cuando la madre trabajadora lo es por cuenta propia declarando aquella el derecho del padre a su disfrute, equiparando precisamente y a dichos efectos, el trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia, como causa de discriminación, pero sin manifestarse en un caso como el presente que contempla el supuesto de que la madre del lactante no trabaja. Como señala la STC de 19 de mayo de 2011: "Si la madre no desempeña actividad laboral por cuenta ajena o propia (o realiza una actividad profesional que no da lugar a la inclusión en un régimen de Seguridad Social) no puede ceder al padre, aunque sí sea trabajador, el derecho a disfrutar de ese periodo de descanso por maternidad, pues nadie puede ceder a otro un derecho que no tiene (nemo plus iuris quam ipse habet transferre potest)". Esta doctrina constitucional no hace sino recoger lo que constituye teoría general de las obligaciones que como principio general recoge el aforismo romano según el cual nadie puede transmitir mas derechos de los que tiene (nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet) .

**La Sentencia del Tribunal Constitucional de Pleno, de 19-5-2011, nº 75/2011, BOE 139/2011, de 11 de junio de 2011, rec. 3515/2005, EDJ 2011/96127, señala:"** Esta doctrina se reitera por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la reciente Sentencia de 30 de septiembre de 2010, caso Roca Álvarez EDJ 2010/189876, en la que si bien se aprecia que la disposición que excluye del permiso de lactancia a los padres trabajadores por cuenta ajena cuando la madre del niño no tiene a su vez la condición de trabajadora por cuenta ajena constituye una diferencia de trato por razón de sexo contraria a la Directiva 76/207/CEE EDL 1976/2256, por estimar el Tribunal que, al haberse desvinculado el referido permiso del hecho biológico de la lactancia natural, no puede entenderse que este permiso asegure la protección biológica de la mujer después de su embarazo y parto, sino que debe considerarse actualmente como un mero tiempo de cuidado en favor del hijo y como una medida conciliadora de la vida familiar y laboral tras el disfrute del permiso de maternidad (§ 29), al propio tiempo se advierte que esta situación del permiso de lactancia "se diferencia de la que dio lugar a la Sentencia Hofmann, antes citada, en la que la normativa nacional controvertida preveía la concesión de un periodo de descanso por maternidad una vez expirado el plazo legal de protección, y reservaba ese periodo de descanso a la madre, con exclusión de cualquiera otra persona" (§ 30), medida ésta que el Tribunal considera conforme a la citada Directiva de igualdad de trato entre mujeres y hombres, en cuanto tiene la doble finalidad de asegurar la protección de la condición biológica de la mujer trabajadora después de su embarazo, y la protección de las particulares relaciones entre madre e hijo tras el parto (§§ 27 y 29).

Así pues, la regulación establecida en el art. 48.4 LET EDL 1995/13475, en la redacción resultante del art. 5 de la Ley 39/1999 EDL 1999/63356, que configura el derecho a la suspensión del contrato de trabajo en el supuesto de parto como un derecho reservado a la madre trabajadora, que puede ceder al padre el disfrute el periodo de descanso "voluntario", siempre que ambos padres sean trabajadores por cuenta ajena, no supone para los varones vulneración alguna del derecho a no sufrir discriminación por razón de sexo (art. 14 CE EDL 1978/3879), conforme ha quedado expuesto, sin perjuicio de que el legislador, en el legítimo ejercicio de su amplia libertad de configuración del sistema de Seguridad Social, pueda incorporar al ordenamiento jurídico, si lo estima oportuno -como efectivamente lo ha hecho, según se ha visto, con la reforma introducida por la Ley Orgánica

3/2007, de 22 de marzo)-, el derecho de los padres trabajadores por cuenta ajena a suspender su contrato de trabajo (con derecho, en su caso, al percibo del subsidio por maternidad) cuando la madre no desempeñase actividad laboral o realizase una actividad profesional que no dé lugar a su inclusión en el sistema de la Seguridad Social.

OCTAVO.- Descartado que el art. 48.4 LET EDL 1995/13475, en la redacción resultante del art. 5 de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre EDL 1999/63356, incurra en vulneración del art. 14 CE EDL 1978/3879 desde la perspectiva del diferente tratamiento entre mujeres y hombres a efectos de la titularidad del derecho a suspender el contrato de trabajo en supuesto de parto, debemos afirmar seguidamente que tampoco resulta el precepto cuestionado contrario al principio de igualdad ante la ley desde la perspectiva de la comparación entre el supuesto del parto y el supuesto de la adopción (o el acogimiento) cuando las madres no sean trabajadoras (o desempeñen una actividad profesional extramuros del sistema de Seguridad Social), pues, como ya hemos adelantado, se trata de situaciones diferentes en la consideración de la finalidad tuitiva perseguida por el legislador, por lo que no concurre siquiera un término de comparación adecuado.

Ciertamente, los supuestos de parto y de adopción son plenamente equiparables desde el punto de vista de los derechos de los hijos, pues éstos son iguales ante la ley con independencia de la filiación, como establece el art. 39.2 CE EDL 1978/3879, pero eso no significa necesariamente que del mismo modo tengan que ser supuestos equiparables a efectos de los derechos laborales y de la protección Seguridad Social de los progenitores y adoptantes, por ser distintas las situaciones protegidas en caso de parto ("maternidad biológica") y en caso de adopción (o acogimiento).

En efecto, en el supuesto de parto la finalidad primordial perseguida por el legislador al establecer en el precepto legal cuestionado el derecho de la mujer trabajadora a suspender su contrato de trabajo con reserva de puesto durante dieciséis semanas ininterrumpidas (o el periodo superior que proceda en caso de parto múltiple), y a la correspondiente prestación por maternidad de la Seguridad Social, en su caso (arts. 133 bis y ss. LGSS), es preservar la salud de la madre trabajadora ante un hecho biológico singular, considerando que una reincorporación inmediata de la mujer a su puesto de trabajo tras el alumbramiento puede ser perjudicial para su completa recuperación, y haciendo compatible esa protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora con la conservación de sus derechos profesionales (sin perjuicio de que, como apuntan el Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado en sus alegaciones, puedan tenerse en cuenta otros intereses dignos de protección conectados al hecho del alumbramiento, como la lactancia natural y la especial relación de afectividad entre la madre y el neonato, por ejemplo).

Así se desprende de nuestra doctrina, como ya ha quedado señalado (SSTC 109/1993, FJ 4 EDJ 1993/2982; 182/2005, FJ 4 EDJ 2005/139376; y 324/2006, FF JJ 4 y 6, por todas EDJ 2006/311481), y en este mismo sentido se pronuncian la normativa comunitaria (así, art. 2.7 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976 EDL 1976/2256, modificada por la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002 EDL 2002/41796, y refundida en la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006 EDL 2006/98500) y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, declarando compatibles con el principio de igualdad de trato las disposiciones relativas a la protección de la mujer en relación con el embarazo y la maternidad, y calificando de discriminaciones directas por razón de sexo los tratos menos favorables a la mujer debidos a tales causas. Más concretamente, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea tiene señalado que el derecho al permiso de maternidad tiene por objeto, por una parte, la protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y después de éste, y, por otra parte, la

protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, como ya se ha indicado (así, Sentencias de 12 de julio de 1984, caso Hofmann; de 30 de abril de 1998, caso Thibault EDJ 1998/4183; de 27 de octubre de 1998, caso Boyle y otros EDJ 1998/18854; de 18 de marzo de 2004, caso Merino Gómez EDJ 2004/4574; y de 30 de septiembre de 2010, caso Roca Álvarez EDJ 2010/189876).

De ahí que en el supuesto de parto pueda hablarse con propiedad de "período de descanso por maternidad" (y más aún en el caso de las trabajadoras autónomas, donde no existe, obviamente, suspensión de contrato de trabajo), distinguiéndose entre un período de descanso "obligatorio" (las seis semanas inmediatamente posteriores al parto), que la madre trabajadora ha de disfrutar necesariamente (en aras al propósito de garantizar su recuperación), y un período de descanso "voluntario" (las semanas restantes), que la madre trabajadora puede ceder al padre si lo estima oportuno, y siempre que el padre también sea trabajador (pues de no ser así no cabe suspender el contrato laboral, obviamente).

Ello explica y justifica que, siendo el descanso por parto un derecho de la madre trabajadora, ésta pueda ceder al padre, cuando éste sea también trabajador, el disfrute del período de descanso "voluntario" en su integridad o parcialmente, de suerte que si la madre no desempeña actividad laboral por cuenta ajena o propia (o realiza una actividad profesional que no da lugar a la inclusión en un régimen de Seguridad Social) no puede ceder al padre, aunque sí sea trabajador, el derecho a disfrutar de ese período de descanso por maternidad, pues nadie puede ceder a otro un derecho que no tiene (*nemo plus iuris quam ipse habet transferre potest*)".

**CUARTO.-** No procede imponer las costas causadas, en única instancia, según preceptúa el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional ninguna de las partes litigantes al existir dudas de derecho.

Visto los preceptos legales citados demás de general y pertinente aplicación.

## FALLO

Desestimo el recurso contencioso administrativo interpuesto por D.  
que actúa en su propio nombre y derecho asistido del letrado D.  
Fernández contra la resolución que se reseña en el fundamento de derecho primero de esta sentencia y declaro que es ajustada y conforme a derecho; sin costas.

Contra esta sentencia no cabe recurso ordinario alguno y, por lo tanto, es firme.

Notifíquese, publíquese, regístrese archivando el original y quede testimonio en las actuaciones.

Remítase testimonio de esta sentencia a la Administración demandada, con devolución del expediente administrativo, interesando acuse de recibo.

Así por esta sentencia, en nombre de SM el Rey, la pronuncio, mando y firmo.

**PUBLICACION.-** La anterior sentencia fue publicada por S.S<sup>a</sup>, mediante lectura en audiencia pública, en el mismo día de su fecha. Doy fe.

Y para que conste y su remisión a la Administración demandada, expido el presente testimonio que firmo.

En Madrid, a 19 de enero de 2015.

**EL SECRETARIO JUDICIAL**

