

**Juzgado de lo Contencioso-
Administrativo nº 32 de Madrid**
C/ Gran Vía, 52 , Planta 6 - 28013
45029730
NIG: 28.079.00.3-2015/0003628



(01) 30317805856

Procedimiento Abreviado 87/2015

Demandante/s: D./Dña.

LETRADO D./Dña.

Demandado/s: AYUNTAMIENTO DE MOSTOLES

SENTENCIA Nº 201/2015

En Madrid, a 07 de mayo de 2015.

Vistos por la Ilma. Sra. MARÍA JESUS EMILIA FERNÁNDEZ DE BENITO, Magistrada-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 32 de Madrid, las actuaciones que conforman el Procedimiento Abreviado núm. 87/2015, en el que el/a Letrado/a D. _____ en nombre y representación de D. _____

interpone recurso contencioso-administrativo contra el Ayuntamiento de Móstoles, en nombre de S. M. el Rey, dicto la presente sentencia en base a los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En este Juzgado ha tenido entrada el escrito de recurso contencioso-administrativo articulado mediante demanda, en el que se impugna la resolución del Director de Personal del Ayuntamiento de Móstoles de 2 de febrero de 2015, que desestima la reclamación presentada en solicitud de disfrute del permiso de lactancia de un hijo menor de doce meses, siendo parte demandada el Ayuntamiento de Móstoles, representado y defendido por la Letrada Doña _____

SEGUNDO.- Admitida a trámite, se dio traslado de la misma a la Administración demandada, convocando a las partes a una vista, que se celebró el 6 de mayo de 2015, en cuya fecha tuvo lugar con la asistencia de las partes debidamente representadas. Abierto el acto, la parte recurrente se afirmó y ratificó íntegramente en el contenido de su demanda y solicitó la anulación de la resolución impugnada. La Administración demandada interesó la desestimación del recurso. Tras la práctica de las pruebas propuestas quedaron los autos conclusos para sentencia.

TERCERO.- Se han cumplido en el presente procedimiento las previsiones legales y procesales recogidas en la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

CUARTO.- La cuantía de este recurso ha sido fijada en indeterminada e inferior a 30.000 euros.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se impugna en este procedimiento la resolución del Director de Personal del Ayuntamiento de Móstoles de 2 de febrero de 2015, que desestima la reclamación presentada en solicitud de disfrute del permiso de lactancia de un hijo menor de doce meses, presentada por el recurrente funcionario de carrera con la categoría profesional de Policía Local.

Los hechos que se recogen en la resolución impugnada hacen referencia a la posibilidad legalmente prevista en el art. 21 del Convenio colectivo sobre que el ejercicio del derecho puede ser indistintamente ejercido por uno u otro de los progenitores, en el caso de que ambos trabajen, sin que se expresen más razones de la denegación en la resolución administrativa del Director de Personal.

SEGUNDO.- La parte recurrente alega que es funcionario de carrera, con categoría profesional de Policía Local, que interesó el 28 de enero el disfrute del permiso de lactancia para el cuidado de un hijo menor de doce meses, y que la denegación del permiso considera que infringe gravemente su derecho fundamental recogido en el artículo 14 de la Constitución Española, en cuanto a igualdad de derechos entre hombre y mujer. Invoca en lo menester la Sentencia del Tribunal Constitucional 26/2011, de 14 de marzo, en la que se señala la dimensión constitucional de las medidas normativas tendentes a facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, y la doctrina emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la interpretación del artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores español, tal como se desprende de la Directiva 2006/54, de 5 de julio, así como diferentes sentencias del Tribunal Constitucional que aporta documentalmente y pretende sea aplicada de forma cabal la Directiva 76/207/CEE, del Consejo, de 9 de febrero, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres.

TERCERO.- La Administración demandada se opone a la estimación de la demanda, basándose en la aplicación que del artículo 48 del EBEP se ha hecho en el Convenio suscrito con los trabajadores el Ayuntamiento, en cuyo artículo 21 se hace expresa mención a que el derecho por lactancia será ejercido por uno u otro progenitor, en el caso de que ambos trabajen.

CUARTO.- En efecto, tal como plantea el recurrente, la Directiva 76/207/CEE, del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, determina que el acceso al empleo, incluida la promoción y la formación profesional, así como las condiciones de trabajo debe ser llevada a cabo con aplicación directa del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, que supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar, sin perjuicio de la regulación interna de los países miembros en función de determinadas características especiales que puedan contemplarse en cada caso concreto.

El artículo 48 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, dispone:

“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 dividirse 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. ...”.

Desde el punto de vista laboral, se recoge la misma previsión en el art. 48 del Estatuto de los Trabajadores, y tal como expresa la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 75/2011, de 19 de mayo, al examinar la Cuestión de Inconstitucionalidad promovida por un Juzgado de lo Social en relación con el art. 48.4 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, en la redacción resultante del art. 5 de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, por presunta vulneración de los arts. 14, 39 y 41 CE, ha sido ya superado el criterio de interpretación. Dice la calendarada Sentencia:

<< La disposición adicional undécima de la Ley Orgánica 3/2007 (precepto con rango de ley ordinaria, de conformidad con la disposición final segunda de dicha Ley) modifica el art. 48.4 LET, introduciendo nuevas reglas en cuanto al derecho a la suspensión del contrato de trabajo por maternidad.

Así, por lo que se refiere a la facultad de la madre de ceder al padre, cuando ambos trabajen, su derecho a la suspensión del contrato de trabajo en caso de parto (con excepción de las seis semanas de descanso obligatorio postparto, indisponibles para la madre), se suprime la regla que impedía el disfrute por el padre del periodo cedido cuando la reincorporación anticipada al trabajo de la madre supusiera riesgo para su salud: ahora si sobreviniera tal supuesto el padre podrá seguir haciendo uso del periodo de suspensión por maternidad inicialmente cedido (y percibir en su caso la prestación por maternidad correspondiente), pasando la madre a la situación de incapacidad temporal (art. 48.4, párrafo segundo, LET). Por otra parte se amplía también el derecho del padre trabajador a la suspensión del contrato por maternidad en caso de fallecimiento de la madre, pues podrá hacer uso de la totalidad del periodo de suspensión y percibir la prestación por maternidad cuando la madre no fuera trabajadora y no hubiera podido, por tanto, tener derecho a la suspensión del contrato (art. 48.4, párrafo primero, LET).

Además, se otorga al padre trabajador afiliado a la Seguridad Social el derecho a suspender su contrato de trabajo con reserva de puesto (y a percibir la correspondiente prestación por maternidad, en su caso) cuando la madre no pueda suspender su actividad profesional con derecho a la prestación por maternidad por no tratarse de trabajadora afiliada a la Seguridad Social (art. 48.4, párrafo tercero, LET), siendo este derecho del padre compatible con el disfrute del permiso por paternidad creado por la propia Ley Orgánica 3/2007 (actual art. 48 bis LET) de trece días de duración ininterrumpidos, ampliable en caso de parto múltiple en dos días más por cada hijo o hija a partir del segundo (por Ley 9/2009, de 6 de octubre, se amplía la duración del permiso de paternidad a cuatro semanas ininterrumpidas, ampliación que surtirá efectos a partir de 1 de enero de 2012, de conformidad con lo establecido en la disposición final decimotercera de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre). El nuevo permiso por paternidad (también aplicable a los supuestos de adopción y acogimiento) es un derecho individual y exclusivo del padre en el supuesto de parto (en los supuestos de adopción o acogimiento corresponde a los padres elegir cuál de los dos disfrutará de este derecho, si bien cuando el permiso por maternidad del art. 48.4 LET sea disfrutado en su totalidad por uno de los progenitores, el permiso por paternidad únicamente podrá ser disfrutado por el otro), que es independiente del disfrute

compartido de los periodos de descanso por maternidad regulados en el art. 48.4 LET , constituye la medida más innovadora de la Ley Orgánica 3/2007 para favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, según establece su propia exposición de motivos.

En fin, la Ley Orgánica 3/2007 amplía la duración del periodo de suspensión del contrato de trabajo en dos semanas más ininterrumpidas (tanto en el supuesto de parto como en los de adopción y acogimiento) para los supuestos de discapacidad del hijo o del menor adoptado o acogido, pudiendo disfrutar de este periodo de descanso adicional indistintamente el padre o la madre, a su elección, cuando ambos trabajen (art. 48.4, párrafo noveno, LET).

(...)

*De lo expuesto resulta que, tras la reforma del art. 48.4 LET por la disposición adicional undécima de la Ley Orgánica 3/2007 , ha desaparecido el presupuesto en que se basaba la duda de constitucionalidad que le suscitaba la regulación precedente al Juzgado promotor de la presente cuestión, pues con la actual redacción del párrafo tercero del art. 48.4 LET , en el supuesto de parto, **cuando la madre no tuviera derecho al periodo de descanso con derecho a prestación por maternidad, por no desempeñar actividad laboral o por ejercer una actividad profesional que no dé lugar a la inclusión en la Seguridad Social, el padre trabajador afiliado a la Seguridad Social tendrá derecho al periodo de suspensión de su contrato de trabajo con reserva de puesto en su integridad (y a percibir, en su caso, el correspondiente subsidio de la Seguridad Social).** (FJ. 4) >>*

También declara la STC 75/2011, en su FJ .7: “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 , 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 , 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).”.

QUINTO.- Pues bien, tal como advierte la defensa del funcionario recurrente, este mismo criterio de interpretación ha sido introducido recientemente en el Acuerdo del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas de fecha 13 de julio de 2013, sin que la previsión de que solo uno de los progenitores tiene derecho al disfrute del permiso de lactancia en el caso de que ambos trabajen sea incompatible con la situación que aquí se contempla. Por lo mismo, tampoco resulta incompatible la aplicación del art. 21 del Convenio que ha aportado la parte demandada, toda vez que en el artículo no se hace referencia alguna al supuesto de

que uno de los progenitores no trabajara.

Parte la Administración demandada de la confusión entre el derecho a disfrutar permiso por parto, que es inherente a la mujer embarazada al término de su embarazo y que, por lo mismo, es indelegable, salvo los casos previstos de muerte, y el derecho o permiso por lactancia, que es el que aquí se trata y que, como ha quedado sentado, en aplicación del principio de igualdad previsto en el art. 14 de la CE, puede ser disfrutado por el trabajador, aun en el caso de que la mujer no realizara tarea laboral alguna por cuenta propia ni ajena.

SEXTO.- En aplicación de lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, procede imponer las costas a la parte demandada, conforme a la redacción dada por la Ley de Agilización Procesal aprobada en fecha 22 de septiembre de 2011.

Vistos los artículos y jurisprudencia citados y demás de general y pertinente aplicación,

F A L L O

ESTIMO el recurso contencioso-administrativo interpuesto en nombre y representación de D. _____ contra la resolución del Ayuntamiento de Móstoles mencionada más arriba, la cual anulo por no ser conforme a Derecho, reconociendo el derecho del recurrente al disfrute del período de lactancia en el período que solicite o a que, en su defecto, sea indemnizado en la cuantía que resulte adecuada en ejecución de sentencia. Con expresa imposición en costas a la Administración demandada respecto de las causadas en este procedimiento.

Notifíquese esta sentencia a aquellos que fueren parte en estas diligencias y hágaseles saber a todos ellos que la presente resolución es firme al no haber contra ella recurso alguno de naturaleza ordinaria.

Expídanse por el Secretario Judicial las copias y testimonios precisos de esta resolución, y llévase el original de la misma al legajo especial de Sentencias que, de conformidad con el artículo 265 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en este Juzgado se custodia, dejando testimonio fiel de esta en los autos originales.

Así por esta mi sentencia lo pronuncio, mando y firmo.

LA MAGISTRADA - JUEZ

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada en el día de la fecha ha sido la anterior sentencia por el Magistrado-Juez que la dictó, en audiencia pública. Doy fe.