

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Cáceres**

Sección: **1**

Fecha: **23/12/2022**

Nº de Recurso:

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.EXTREMADURA SALA CON/AD CACERES

SENTENCIA: 00704/2022

SENTENCIA Nº 704/2022

PRESIDENTE:

DON DANIEL RUIZ BALLESTEROS

MAGISTRADOS

D^a ELENA MENDEZ CANSECO

En Cáceres a veintitrés de diciembre de dos mil veintidós.

Visto el recurso contencioso administrativo **PO nº 395/2022**, promovido por el Procurador Sr. FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, en nombre y representación de **D^a Juliana**, siendo demandada **LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO**, representado por el Abogado del Estado, sobre: resolución de la Directora de la Administración de la Agencia Estatal de Meteorología, de fecha 28/06/2022, por la que se deniega a la hoy recurrente (madre soltera que conforma una unidad familiar monoparental con su hijo) la solicitud de ampliar el permiso por nacimiento para madre biológica por medio del disfrute el permiso previsto para el otro progenitor (permiso de paternidad).

C U A N T I A: INDETERMINADA.

(Firmado por: Alexis BALLESTEROS 23/12/2022 10:45 Firmado por: CASIANO ROJAS POZO 23/12/2022 10:47 Firmado por: María Teresa. MENDEZ CANSECO 23/12/2022 11:07 Firmado por: Cirilo Firmado por: Baldomero 23/12/2022 11:09 BERNABEU 23/12/2022 11:26)

Código Seguro de Verificación Num000 Puede verificar este documento en <https://www.administraciondejusticia.gob.es>

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la parte actora se presentó escrito mediante el cual interesaba se tuviera por interpuesto recurso contencioso administrativo contra el acto que ha quedado reflejado en el encabezamiento de esta sentencia.

SEGUNDO.- Seguido que fue el recurso por sus trámites, se entregó el expediente administrativo a la representación de la parte actora para que formulara la demanda, lo que hizo seguidamente dentro del plazo, sentando los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes y terminando suplicando se dictara una sentencia por la que se estime el recurso, con imposición de costas a la demandada; dado traslado de la demanda a la parte demandada de la Administración para que la contestase, evacuó dicho trámite interesando se dictara una sentencia desestimatoria del recurso, con imposición de costas a la parte actora.

TERCERO.- Habiéndose solicitado únicamente por la parte actora prueba documental obrante en autos y por la Administración demandada documental obrante en el expediente administrativo y documento número uno aportado con la contestación, y no considerando la Sala necesario el trámite de conclusiones, se señaló seguidamente día para la votación y fallo del presente recurso, que se llevó a efecto en el fijado.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales;

Siendo Ponente para este trámite el lltmo. Sr. Magistrado

D. CASIANO ROJAS POZO, que expresa el parecer de la Sala, una vez que la misma ha deliberado sobre lo solicitado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. – Se somete a nuestra consideración en esta ocasión la resolución de la Directora de la Administración de la Agencia Estatal de Meteorología, de fecha 28/06/2022, por la que se deniega a la hoy recurrente (madre soltera que conforma una unidad familiar monoparental con su hijo) la solicitud de ampliar el permiso por nacimiento para madre biológica por medio del disfrute el permiso previsto para el otro progenitor (permiso de paternidad).

La tesis de la demanda es que:

(Firmado por: Alberto 23/12/2022 12:18)

a) La decisión supone una importante discriminación entre menores nacidos en familias de dos progenitores, que podrán disfrutar de sus permisos de 16 semanas (23 en total) de forma separada y no acumulable, y menores nacidos en familias monoparentales que sólo podrán recibir estos cuidados durante

16 semanas, vulnerándose así la Convención de los Derechos del Niño y el artículo 14 CE.

b) Supone una discriminación indirecta sobre la madre por razón de sexo, dado que la mayoría de las familias monoparentales son formadas por mujeres, como reconoce la Sentencia del Juzgado nº 2 de A Coruña de 17/02/2022 y Sentencia del TSJ del País Vasco de 06/10/2020, nº 1217/2020 y el INE.

c) Los permisos se conceden en interés del menor, no de los padres,

d) Apoya su planteamiento en el Dictamen de la Comisión Permanente del CGPJ de 24/02/2021, que consideró que los jueces que sean progenitores únicos constituyendo familias monoparentales pueden disfrutar de forma acumulativa los permisos de maternidad y paternidad, que se reconocen de forma separada a cada uno de los padres, aplicando analógicamente la excepción contemplada en la norma para el caso de fallecimiento de la madre biológica.

La tesis de la Abogacía del Estado puede estructurarse de la siguiente manera:

a) La norma específica para los empleados públicos no prevé la acumulación de los permisos de maternidad y paternidad. En realidad, lo impide la normativa laboral general, tal y como establece el artículo 48.4 del ET (Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores) a cuyo tenor: *“Este derecho es individual de la persona trabajadora sin que pueda transferirse su ejercicio al otro progenitor”*.

Por tanto, no es posible conceder un permiso que no existe, destacando que los permisos son inherentes a la persona por razón de su vínculo con el menor, señalando el art

14 EBEP su carácter individual y personalísimo.

b) No estamos ante situaciones comparables a los efectos del análisis de la aplicación del principio de igualdad en la aplicación de la Ley, en cuanto la demandante no ha justificado la existencia de una situación jurídica asimilable a otros supuestos en los que a una madre soltera se le haya reconocido este derecho, que pudiera servir de supuesto comparativo comparable que justifique el trato discriminatorio. Y es que la vulneración del principio de

igualdad únicamente podría apreciarse cuando ante un supuesto de hecho igual se otorgase un trato diferenciado, supuesto muy distinto al que nos ocupa en el que se solicita un trato desigual ante una situación desigual. Resulta ajena al núcleo de protección del art. 14 CE la denominada “discriminación por indiferenciación”. Se apoya en la STSJ de Castilla y León de 10/05/2022, rec. 584/2021.

c) No existe discriminación directa del niño, pues la finalidad del permiso de maternidad y paternidad es distinta como consecuencia de la diferente naturaleza de ambos, lo que impide, sin más, su acumulación. El permiso de maternidad tiene como objetivo establecer el descanso por maternidad, protegiendo la salud de la madre. Mientras que el permiso por paternidad trata de favorecer la conciliación incidiendo en la corresponsabilidad de las madres y padres en el cuidado de los hijos. Vuelve a apoyarse en la STSJ de Castilla y León.

d) Los derechos de maternidad y paternidad del EBEP son destinados exclusivamente a los empleados públicos, sin que conste que el otro progenitor tenga esa condición, con lo que no se puede transferir lo que no se sabe si existe. Se apoya nuevamente en dicha sentencia.

e) Contiene una pretensión subsidiaria, consistente en que la prolongación no puede ser superior a 10 semanas, dado el carácter obligatorio de 6 semanas comunes para ambos progenitores.

SEGUNDO. – Planteado el debate en estos términos, hay que reconocer que existen pronunciamientos de nuestros Tribunales Superiores de Justicia en los dos sentidos, si bien el de estimar el recurso es mayoritario, ya que contamos con tres sentencias a favor (STSJ de Galicia de 15/11/2022, rec. 21/2022; Aragón de 27/10/2021, rec. 246/2021 y País Vasco (social) de 06/10/2020, rec. 1217/2020).

En contra la STSJ de Millán y Luis Francisco, de 10/05/2022, rec. 584/2021 que sirve de sustento al planteamiento de la Abogacía del Estado.

En la jurisdicción social la contradicción entre sentencias es más acusada. Así, se han pronunciado a favor de otorgar a la madre trabajadora el derecho a acumular a su maternidad el tiempo que hubiese correspondido al padre en caso de familia biparental las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia de Galicia, en sentencias de 08/03/22 (rec. 5795/2021), 16/03/2022 (rec. 6097/2021),

28/01/2022 (rec. 3176/2021); del País Vasco, en sentencias de 06/10/2020 (rec. 941/2020), 05/10/2021 (rec.1323/2021),

19/10/2021 (rec.1417/2021) y 16/11/2021 (rec. 1196/2021); de

Aragón, en sentencia de 27/12/2021 (rec. 846/2021) y 14/02/2022 (rec. 950/2021) o Madrid en sentencia de 13/10/2021 (rec. 620/2021), y en contra las Salas de lo Social de Asturias, en sentencias de 25/01/2022 (rec. 2907/2021) y 22/02/2022 (rec. 2907/2021); Valencia en sentencias de 19/10/2021 (rec. 1563/2021) y 30/11/2021 (rec. 2089/2021) y

Madrid en sentencia de 09/02/22 (rec. 914/2021).

TERCERO. – Sentado ello, la Sala se inclina por el sentido estimatorio del recurso. Y para exponer nuestro planteamiento vamos a reproducir los argumentos de la Sentencia del STSJ de Galicia de 15/11/2022, rec. 21/2022, que suscribimos. Razona así:

“Quinto.- Resolución del caso concreto.

De conformidad con el artículo 5 de la LOPJ “1. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”.

Asimismo, ha de considerarse que el Tribunal Constitucional, en sentencias como la nº 152/2021, afirma que los jueces y tribunales ordinarios de los Estados miembros, al enfrentarse con una norma nacional incompatible con el Derecho de la Unión, tienen la obligación de inaplicar la disposición nacional, ya sea posterior o anterior a la norma de Derecho de la Unión; esta obligación, cuya existencia es inherente al principio de primacía, recae sobre los jueces y tribunales de los Estados miembros con independencia del rango de la norma nacional, permitiendo así un control desconcentrado, en sede judicial ordinaria, de la conformidad del Derecho interno con el Derecho de la Unión Europea; no se trata por tanto de que por la jurisdicción se asuma una función legislativa que no le corresponde, ni siquiera de colmar una laguna, sino sencillamente de interpretar las normas de acuerdo con criterios constitucionales de conformidad con los compromisos internacionales asumidos.

Así, si se tiene en cuenta el artículo 49 del EBEP, antes transcrito, ha de valorarse que si bien el hecho de imponer que las seis primeras semanas del permiso de maternidad sean inmediatamente posteriores al parto parece implicar que se persigue con ello la protección de la salud e integridad de la madre biológica, y que el hecho de reconocer el permiso también al progenitor diferente a la madre biológica lleva consigo asimismo la intención de fomentar la corresponsabilidad de los padres en el cuidado de los hijos,

en cualquier caso, resulta indudable que tal permiso tiene como razón de ser, fundamento o guía, el interés o protección del menor, en cuanto a favorecer su atención y cuidado, sirviendo a los fines de la conciliación familiar y laboral.

En este sentido, y en la línea que se alega por la demandante, desde la perspectiva del interés superior del menor, ha de valorarse que, con la interpretación literal de la norma que se postula por la Administración demandada, el nacido en familia monoparental tiene por ese hecho un trato desigual al nacido en familia biparental, por cuanto resulta evidente que si el niño cuenta con dos progenitores trabajadores estos podrían dedicarse a su cuidado amparado en el permiso correspondiente varias semanas más que las que le corresponderían si se trata de una familia monoparental.

Desde este punto de vista, no puede compartirse el razonamiento que se hacía en la sentencia del TSJ de Castilla y León, de 10 de mayo de 2022, antes citada, de que lo que se está pidiendo un trato desigual respecto de otras personas que han dado a luz por el hecho de formar una familia de tipo concreto, considerándolo un supuesto de discriminación por indiferenciación, pues lo que realmente se está pidiendo es un trato igual para el cuidado y atención del menor sea familia monoparental o biparental, de modo que se amplíe el permiso para ese fin al mismo tiempo que tendría en el caso de dos progenitores trabajadores, pues desde la perspectiva del cuidado del niño no hay justificación objetiva para reducir al nacido en familia monoparental el tiempo de atención directa por su progenitor. Ha de valorarse que el tiempo total que implica el reconocimiento del permiso de maternidad y paternidad se dispone por el bien del menor, considerándose necesario para su atención y cuidado, pues sólo así se entiende la existencia de previsiones en el artículo 49 del EBEP como la relativa a que 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.

Al hilo de lo anterior, ha de recordarse que el artículo 39 de la Constitución señala que "Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos", y ello ha de valorarse a la luz de lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 25/2014 de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, "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", y, en este caso, dado el bien jurídico protegido de que se trata, ha de recordarse lo dispuesto en la

Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre 1989, ratificada por Instrumento de 30 de noviembre 1990, en cuyo artículo 2 se dispone que "1. 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".

A lo anterior ha de añadirse que el artículo 24 de la Carta de Derechos fundamentales de la UE, dispone que "1. Los menores tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar (...).2. 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".

En el ámbito europeo, como ya se indicó la Directiva del Parlamento y Consejo europeo 2019/1158, de 20 de junio, relativa a la conciliación de la vida familiar y profesional de los progenitores y cuidadores, plantea que han de tenerse en consideración necesidades específicas de los progenitores a la hora de contemplar este tipo de permisos, citando entre ellos a las familias monoparentales.

En este sentido, el trato desigual en este caso se considera, en primer lugar, que vulnera la prohibición que se recoge en la Convención de los Derechos del Niño, y en definitiva la prohibición general de discriminación que contempla el artículo 14 CE, al diferenciarse el permiso para la atención y cuidado entre niños nacidos en familias monoparentales o en familias biparentales; y vulnera asimismo la obligación de considerar el interés superior del menor al aplicar las normas que se ordena en el artículo 24 de la Carta de Derechos fundamentales de la UE.

En segundo lugar, y también a la vista de lo que se alega en la demanda, además de considerar procedente el reconocimiento de la pretensión de la actora en atención al principio de igualdad en relación con el interés superior del menor, siendo esto último lo que se considera como fundamento principal del derecho al permiso de maternidad, ha de valorarse la norma aplicable desde la perspectiva de género, teniendo en cuenta que de acuerdo con el artículo 15 de la Ley orgánica 3/07, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, "El principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de todos los Poderes Públicos", y, en este sentido existe la obligación de

interpretar y aplicar las normas incorporando la perspectiva de género.

De este modo, ha de valorarse que la interpretación estricta y literal del precepto aquí aplicable, artículo 49 EBEP, aparentemente neutro, puede sin embargo generar un impacto de género, una discriminación indirecta, al desplegar efectos desproporcionados sobre el colectivo femenino, por cuanto mayoritariamente las familias monoparentales están constituidas por mujeres con sus hijos.

Además, en particular, de la redacción del artículo 49 EBEP, en concreto de lo dispuesto en el segundo párrafo del apartado a), al indicar "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", resulta que se prevé en la propia norma el supuesto de acrecimiento o acumulación al permiso del progenitor diferente a la madre biológica el de la madre biológica fallecida; en tal sentido, y siendo mujer la madre biológica, resultaría que sí se prevé para el otro progenitor - hombre - la acumulación de permisos que precisamente se viene demandando por la aquí recurrente, y reflejando

ello con mayor evidencia la existencia de una discriminación de la mujer en la norma existente, la cual, si es la madre - necesariamente mujer- no dispondrá del mismo derecho a ampliar su permiso de maternidad en el caso de fallecimiento del otro progenitor, debiendo considerarse que el hecho de ser familia monoparental puede resultar no sólo de elección voluntaria, sino también del supuesto de fallecimiento del otro progenitor.

Por tanto, se considera que negar el derecho pretendido por la actora a la ampliación del permiso considerando el tiempo previsto por la norma para el del otro progenitor - inexistente, desconocido, no determinado -, además de afectar al derecho de igualdad del menor, vulnerando las disposiciones internacionales citadas para su protección, discrimina también a la mujer, de forma clara si se trata de familia monoparental sobrevenida por fallecimiento del otro progenitor, dada la literalidad de la norma antes citada, pero también si se trata de familia monoparental por no haber existido nunca otro progenitor conocido.

En consecuencia, se considera procedente la pretensión de la demandante de anular la resolución denegatoria de la ampliación del permiso pretendido, pues ha de valorarse que la interpretación que cabe hacer del artículo 49 del EBEP desde la perspectiva de la protección del interés superior del menor, la prohibición de discriminación por la única razón de integrarse en familia monoparental, y la perspectiva de género, conlleva que a las dieciséis semanas ya reconocidas a

D^a Emma, se sumen las que corresponderían en el caso de existencia de otro progenitor.

En este sentido, cabe valorar que ya se reconoce el derecho que aquí reclama la demandante por normas como la Ley 2/15, de empleo público de Galicia (que no resulta de aplicación a la demandante, por ser funcionaria del Ministerio de Justicia), que al hacer referencia al permiso del progenitor diferente de la madre biológica en el artículo 124,3º señala " 3. El personal funcionario que esté disfrutando del permiso por parto o por adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento puede hacer uso del permiso previsto en este artículo inmediatamente a continuación de la finalización del período de duración de aquél en los siguientes supuestos: a) Cuando la persona titular del derecho haya fallecido antes de la utilización íntegra del permiso. b) Si la filiación del otro progenitor no está determinada. c) Cuando en resolución judicial dictada en proceso de nulidad, separación o divorcio, iniciado antes de la utilización del permiso, se le haya reconocido a la persona que esté disfrutando del mismo la guarda del hijo o de la hija".

Es decir, en la norma citada ya se hace referencia a la posibilidad de acumular o ampliar el permiso propio de la madre biológica (o adoptante) con el que se reconoce al otro progenitor, entre otros supuestos cuando la filiación del otro progenitor no está determinada, es decir, cuando se trata de una familia monoparental. Y ello lleva a valorar asimismo la injustificada diferencia de trato que en este aspecto habría entre funcionarios que trabajan en el mismo territorio (Comunidad Autónoma de Galicia), sólo por razón de su dependencia a una u otra Administración, si se efectúa la interpretación literal del artículo 49 EBEP defendida por la demandada, y lo cual determina la existencia una razón más para estimar lo pretendido por la demandante".

CUARTO. – Por lo demás, en cuanto a la concreta petición de la actora, que venía reclamando dieciséis semanas más, para completar 32 semanas que según se indica se reconocerían en el caso de dos progenitores, ha de valorarse que no procede reconocer lo solicitado en su integridad, pues ha de tenerse en cuenta que la madre ha disfrutado ya de 6 semanas ininterrumpidas inmediatamente seguidas al parto, y que el permiso que correspondería al otro progenitor también exige que 6 semanas se disfruten inmediatamente siguientes al parto, por lo que éstas han de excluirse ya que de otro modo se originaría una desigualdad porque la familia monoparental disfrutaría de 32 semanas (16 de la madre y las 16 del otro progenitor que acumula), frente a las 26 que disfrutaría la familia biparental en caso de alternancia entre los

progenitores en lugar de disfrute conjunto. Por tanto, las semanas a que cabría ampliar el permiso serían diez, excluyendo las seis semanas que se solaparían en su caso con las que necesariamente habrían de disfrutarse tras el parto.

En consecuencia, en atención a todo lo anteriormente expuesto, ha de estimarse parcialmente el recurso contencioso- administrativo interpuesto y, anulando la resolución impugnada que deniega la petición, ha de reconocerse el derecho a disfrutar del permiso por nacimiento y cuidado de hijo durante

26 semanas, de las que ya han sido reconocidas y disfrutadas 16.

QUINTO. - Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, además de que se estima parcialmente el recurso, se considera que se trata de una cuestión jurídica novedosa y controvertida, que no recibe respuesta unánime en los tribunales, por lo que no procede la condena en costas.

VISTOS los artículos citados y los demás de general y pertinente aplicación, y en nombre de su MAJESTAD EL REY

FALLAMOS:

ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso interpuesto por el procurador Dº IGNACIO FERNÁNDEZ ÁLVAREZ en nombre y representación de Dª Juliana con la asistencia letrada de Dº EULALIO GONZÁLEZ BARRENA contra la resolución de la Directora de la Administración de la Agencia Estatal de Meteorología, de fecha 28/06/2022, que anulamos, declarando que la mencionada tiene derecho a disfrutar del permiso por nacimiento y cuidado de hijo durante 26 semanas, de las que ya han sido reconocidas y disfrutadas 16. Sin costas. Devuélvase el depósito constituido para recurrir, en caso se haya constituido.

Contra la presente sentencia sólo cabe recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo. El recurso de casación se preparará ante la Sala de lo Contencioso- Administrativo del TSJ de Extremadura en el plazo de treinta días contados desde el día siguiente al de la notificación de la sentencia.

La presente sentencia sólo será recurrible ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo si el recurso pretende fundarse en infracción de normas de Derecho estatal o de la Unión Europea que sea relevante y determinante del fallo impugnado, siempre que hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora.

El escrito de preparación deberá reunir los requisitos previstos en los artículos 88 y 89 LJCA y en el Acuerdo de 19 de mayo de 2016, del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de 20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al Recurso de Casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo (BOE 6-7-2016).

De conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ, según la reforma efectuada por LO 1/2009, de 3 de noviembre, deberá consignarse el depósito de 50 euros para recurrir en casación. Si no se consigna dicho depósito el recurso no se admitirá a trámite.

Y para que esta sentencia se lleve a puro y debido efecto, remítase testimonio junto con los autos, al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo que dictó la resolución impugnada, que deberá acusar recibo dentro del término de diez días, y déjese constancia de lo resuelto en el procedimiento.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION: En la misma fecha fue publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr./a. Magistrado que la dictó. Doy fe.