

**JUZGADO DE LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO Nº 5 DE BILBAO**

**BILBOKO ADMINISTRAZIOAREKIKO AUZIEN 5
ZK.KO EPAITEGIA**

BARROETA ALDAMAR 10-5ª PLANTA - C.P./PK: 48001

Tel.: 94-4016706
Fax: 94-4016987

N.I.G. P.V./IZO EAE: 48.04.3-14/000562
N.I.G. CGPJ / IZO BJKN :48.020.45.3-2014/0000562
Proced.abreviado / Prozedura laburtua 32/2014 - x

Demandante / Demandatzailea:
Representante / Ordezkarla:

Administración demandada / Administrazio demandatua: AYUNTAMIENTO DE GETXO
Representante / Ordezkarla:

Doña Larratze Aberasturi Ibarra
ACTUACION RECURRIDA / ERREKURRITUTAKO JARDUNA:
DECRETO 5969/2013 DE ALCALDIA DEL AYUNTAMIENTO DE GETXO, DE FECHA 19 DE
DICIEMBRE DE 2013

SENTENCIA Nº 102/2014

En BILBAO (BIZKAIA), a diecisiete de junio de dos mil catorce.

Vistos por mí, Ilmo. Sr. D. Juan-Galo Carrasbal Onieva, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 5 de los de Bilbao, los presentes autos de procedimiento abreviado registrados con el número 32/2014 (N.I.G. 48.04.3-14/000562), dimanantes de un recurso contencioso-administrativo en el que figura, como parte recurrente,

representado y defendido por el letrado y, como Administración recurrida, el Ayuntamiento de Getxo, representado y defendido por la letrada doña Larratze Aberasturi Ibarra.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte recurrente formalizó su demanda en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando se dicte una sentencia estimatoria del recurso interpuesto y las correspondientes declaraciones en relación con la actuación administrativa impugnada.

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 pasado día cuatro de junio, en

la que la referida Administración impugnó la demanda. No habiéndose practicado prueba, quedaron los autos conclusos para sentencia.

TERCERO.- En la substanciación de las presentes actuaciones se han observado los preceptos y prescripciones legales. La cuantía del procedimiento aun siendo indeterminada es en todo caso determinable en inferior a 30.000 euros.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente recurso contencioso-administrativo, al tenor del escrito de demanda, se impugna el Decreto de Alcaldía nº 5969/2013 del Ayuntamiento de Getxo, de 20 de diciembre de 2013, por el que se desestima la solicitud efectuada por

en relación con el disfrute del permiso de lactancia, en base a que la madre de su hijo no tiene la condición de trabajadora, tal y como expresamente señala en su solicitud, siendo este requisito imprescindible exigido por la legislación aplicable al funcionario público. En la demanda resulta ejercitada una pretensión anulatoria del acto recurrido y la de declaración del derecho del actor a disfrutar el permiso de lactancia acumulado en jornadas completas, con motivo del nacimiento de su hijo el día 30 de noviembre de 2013.

SEGUNDO.- Conviene las partes en que la disputa es de carácter exclusivamente jurídico y así es, en efecto, arrancando la discrepancia en la virtualidad del derecho reconocido en el artículo 48.f) del Estatuto Básico del Empleado Público (Ley 7/2007, de 12 de abril), que es del siguiente tenor:

“Los funcionarios públicos tendrán los siguientes derechos:

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 o 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”.

La dicción del precepto, bien se ve, no deja lugar a dudas en tanto exige al funcionario que quiera disfrutar el permiso de lactancia que el otro progenitor trabaje, al darse por supuesto que el funcionario que lo solicita, en efecto, trabaja, colmando así la exigencia legal de que “ambos trabajen”.

No obstante el tenor del precepto, en el seno de los órganos de representación de los empleados públicos de diversas Administraciones Públicas ha sido entendida la exigencia de que los dos progenitores trabajen disconforme con la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, habiéndose adoptado acuerdos o dictado instrucciones al objeto de que le sea reconocido el derecho al funcionario solicitante aun cuando el otro progenitor no trabaje, ocurriendo así, según ha acreditado el demandante, en el ámbito de la Administración General del Estado, de la Comunidad Autónoma de Aragón y del Ayuntamiento de Madrid, habiendo llegado a formular la Defensora del Pueblo una recomendación sobre la cuestión.

Con el panorama dibujado no deja de ser difícilmente inteligible que aun tratándose en todo caso de funcionarios unos vean reconocido su derecho al disfrute del permiso de lactancia haciendo abstracción de que el otro progenitor trabaje o no -v. gr. los que sirven en la Administración General del Estado, a la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón o al Ayuntamiento de Madrid- y otros muchos no, pero la que se presentaría para la opinión pública como aporía del sistema presenta, en la técnica jurídica, un tratamiento que justifica la diferenciación y, en lo que al asunto concernido hace, aboca la pretensión deducida judicialmente por el actor al fracaso.

Ocioso puede resultar destacarlo, pero se presenta incontrovertible que el proceso contencioso-administrativo no viene regido por la actuación de oficio de los órganos de nuestro orden jurisdiccional ni está imbuido del principio inquisitivo, sino que los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa actúan a instancia de parte -legitimada- y bajo el norte del principio de rogación. Quiérese decir con esto que si determinadas Administraciones Públicas tienen dictadas instrucciones para el reconocimiento del permiso de lactancia al funcionario que lo solicite, trabaje o no, el acto administrativo en que cristalice ese criterio favorable, cualquiera que sean las circunstancias de los progenitores en el orden laboral, no podrá ser revisado por los órganos de nuestra jurisdicción en tanto es esperable que el funcionario favorecido con la concesión del permiso no impugne -con toda lógica- la resolución que le reconozca el permiso de lactancia y en tal tesitura nadie distinto de él (y aun por coherencia, ni siquiera él mismo) podrá impugnar ante el orden contencioso-administrativo el reconocimiento por falta de legitimación, dado que, de sobra sabido es, no existe en materia funcional la acción pública contemplada en otros ámbitos (urbanístico, medioambiental).

Así las cosas, visto el sentido de la resolución administrativa impugnada y la incontestabilidad conceptual del precepto en que se asienta aquélla en tanto exige que ambos progenitores trabajen, se trata de determinar si, no obstante los términos del precepto legal considerado, cabe pronunciar una sentencia estimatoria anulando el acto administrativo aplicativo del mismo y la respuesta no puede ser otra que la negativa.

Desde la perspectiva del Derecho de la Unión Europea quedamos posibilitados los jueces nacionales a inaplicar una norma que colisione con el Derecho de la Unión, sin embargo, considera este Juzgador que ese choque no se produce en tanto en el nada desdeñable lapso de vigencia de la disposición de constante referencia no ha existido reproche de parte de la Unión Europea a la regulación adoptada por nuestro derecho nacional y los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y entre ellos el aludido por el actor -la sentencia de 30 de septiembre de 2010 (*caso Roca Alvarez*)- no tratan directamente la cuestión que nos ocupa al resolver el TJUE que en base a la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, la procedencia de reconocer el permiso de lactancia a favor del padre incluso en los supuestos en los que la madre sea trabajadora por cuenta propia y no trabajadora por cuenta ajena, ya que lo contrario supondría una discriminación no amparada por el ordenamiento europeo, lo que, sin mayor esfuerzo se percibe distar mucho del supuesto del funcionario progenitor cuyo otro progenitor no trabaje.

Desde la óptica de nuestro ordenamiento nacional el artículo 5.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial nos ordena a los jueces plantear la cuestión de inconstitucionalidad cuando una norma con rango de ley pueda ser contraria a la Constitución, sin embargo este Juzgador considera que esa contrariedad no existe en tanto no existe constancia del planeamiento en el septenio de vigencia del EBEP de una anterior cuestión de inconstitucionalidad a propósito del inciso controvertido de la norma y por cuanto el supuesto que nos ocupa no coincide con el contemplado en la sentencia 75/2011, de 19 de mayo, del Tribunal Constitucional. A mayor

abundamiento, la sentencia 152/2011, de 29 de septiembre de 2011, del Tribunal Constitucional, al decidir –desestimándola- sobre la cuestión de inconstitucionalidad que se le planteó en la que latía una posible discriminación proscrita por el artículo 14 de nuestra Carta Magna, se pronuncia en el último de los párrafos del fundamento jurídico tercero con el siguiente tenor:

«Cosa distinta es que el legislador, en el legítimo ejercicio de su libertad de configuración del régimen jurídico de los funcionarios y en apreciación de las circunstancias socioeconómicas concurrentes en cada momento, pudiera atribuir en este supuesto al padre, si lo estimase oportuno (como lo ha hecho en el ámbito laboral, mediante la reforma introducida en el art. 48.4 LET por la disposición adicional undécima de la Ley Orgánica 3/2007, con el propósito de contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares), el derecho a la obtención del permiso, y sin que ello signifique que la opción legislativa contraria sea por ello inconstitucional (STC 75/2011, de 19 de mayo, FJ 8.)»

En consecuencia, el párrafo final del cuarto fundamento jurídico cuarto, concluye:

«En conclusión de todo lo señalado podemos afirmar que la regulación del derecho al permiso por razón de parto por el art. 70.4 de la Ley 4/1988, de 26 de mayo, de la función pública de Galicia, en cuanto permite a la madre ceder al padre el disfrute del periodo de descanso “voluntario” sólo en el caso de que ambos trabajen, quedando excluida la posibilidad de cesión al padre del disfrute de ese periodo cuando la madre no fuese funcionaria o trabajadora incluida en algún régimen de la Seguridad Social, no vulnera el art. 14 CE, lo que determina la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad.»

En función de cuanto antecede, aun cuando pudiera convenirse en la contestabilidad de la decisión administrativa por la específica regulación legal en que se asienta, no presentándose en el acto administrativo impugnado infracción del ordenamiento jurídico en que asentar una sentencia estimatoria (ex art. 70.2 LJCA), procede la desestimación del recurso contencioso-administrativo al ajustarse a Derecho el acto impugnado, quedando confirmada la actuación administrativa impugnada.

TERCERO.- No obstante ser por razón temporal la regla aplicable al presente asunto en materia de costas la del vencimiento objetivo, el artículo 139.1 de la LJCA, en la redacción dada al mismo por la Ley 37/2011, permite excepcionarla en esta instancia cuando en el caso existan serias dudas de derecho, cual aquí acontece en que las mismas se presentan, de lo que es elocuente el pronunciamiento de signo diverso al contenido en la presente efectuado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Zamora invocado por el demandante, por lo que no se efectúa imposición de las mismas.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

Desestimando el recurso interpuesto por ser ajustada a Derecho la actuación administrativa impugnada, debo confirmar y confirmo la resolución impugnada en el presente procedimiento. No se realiza imposición de costas.

Esta sentencia es FIRME y NO cabe contra ella RECURSO ordinario alguno. Conforme dispone el artículo 104 de la LJCA, en el plazo de DIEZ DÍAS, remítase oficio a la Administración demandada, al que se acompañará el expediente administrativo así como el testimonio de esta sentencia, y en el que se le hará saber que, en el plazo de DIEZ DÍAS, deberá acusar recibo de dicha documentación; recibido éste, archívense las actuaciones.

Así por esta mi Sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr. MAGISTRADO que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

