



Roj: **SAN 4648/2013 - ECLI:ES:AN:2013:4648**

Id Cendoj: **28079230052013100753**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **30/10/2013**

Nº de Recurso: **131/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO - APELACION**

Ponente: **JOSE MARIA GIL SAEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA EN APELACION

Madrid, a treinta de octubre de dos mil trece.

Visto por la *Sección Quinta* de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso de apelación número **131/2013**, interpuesto por **la Abogacía del Estado**, en representación del Ministerio del Interior, contra la Sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo núm. 11, en fecha 4 de abril de 2013, recaída en el procedimiento abreviado núm. 203/2012, y en el que ha sido parte demandante-apelada, la Procuradora de los Tribunales Doña Ana de la Corte Macías, en nombre y representación de Don Marcelino.

ANTECEDENTES DE HECHO

Se aceptan los antecedentes de hecho de la sentencia apelada, y

PRIMERO. - El recurso contencioso administrativo se interpuso contra la Resolución del Secretario de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior, dictada por delegación, de fecha 15 de febrero de 2012, que desestima el recurso de reposición formulado contra la Resolución de la misma Autoridad, de fecha 3 de noviembre de 2011, que desestima la solicitud del recurrente de permiso de lactancia de tres semanas de duración a partir del día 21 de noviembre de 2011.

Turnado al Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo número 11, fue admitido a trámite, tramitado el mismo, el procedimiento terminó por sentencia de 4 de abril de 2013, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "*FALLO: Que debo estimar y estimo el recurso contencioso administrativo interpuesto por D. Marcelino 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.*"

SEGUNDO. - Notificada dicha sentencia, contra la misma se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, mediante escrito razonado, que fue admitido, dándose traslado a la parte demandante para que en plazo legal formalizara su oposición, lo que efectuó. Transcurrido el término legal se elevaron los autos y expediente administrativo, con el escrito de apelación y oposición correspondiente a esta Sala de Contencioso-Administrativo. Recibidos los autos en esta Sección, y sin celebración de vista, ni siendo necesaria a juicio de la Sala, se señaló para votación y fallo el día 29 de octubre de 2013, lo que efectivamente se llevó a cabo.

VISTOS los artículos legales citados por las partes y demás de general y pertinente aplicación, y siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. JOSE MARIA GIL SAEZ, Magistrado de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los fundamentos de Derecho de la sentencia apelada, y



PRIMERO.- Se recurre en apelación por la parte demandada la Sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo núm. 11, en fecha 4 de abril de 2013, recaída en el procedimiento abreviado núm. 203/2012, por la que se estimó el recurso contencioso-administrativo formulado contra la Resolución del Secretario de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior, dictada por delegación, de fecha 15 de febrero de 2012, que desestima el recurso de reposición formulado contra la Resolución de la misma Autoridad, de fecha 3 de noviembre de 2011, que desestima la solicitud del recurrente de permiso de lactancia de tres semanas de duración a partir del día 21 de noviembre de 2011.

La entidad apelante discrepa del fallo de la sentencia apelada, al estimar que la interpretación efectuada en la misma del artículo 48.1.f) del EBEP es extra y contra legem, por cuanto la posibilidad de que el permiso de lactancia pueda ser ejercido indistintamente por uno u otro progenitor, no permite el ejercicio conjunto y distribuido de forma sucesiva entre ambos progenitores, que concluye la sentencia apelada.

SEGUNDO. - El art. 31.f de la Ley 30/1984 de 2 de agosto en la redacción dada por la Disposición Adicional Decimonovena, apartado ocho, de la Ley Orgánica 3/2007 de 22 marzo 2007, bajo la rúbrica "Modificaciones a la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública" dispone:

"La funcionaria, por lactancia de un hijo menor de doce meses, tendrá derecho a una hora diaria 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".

El art. 48.1.f) de la Ley 7/2007 de 12 abril 2007 del Estatuto Básico del Empleado Público establece: "1. Las Administraciones Públicas determinarán los supuestos de concesión de permisos a los funcionarios públicos y sus requisitos, efectos y duración. En defecto de legislación aplicable los permisos y su duración serán, al menos, los siguientes:

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."

De la propia dicción de estos preceptos legales se desprende que el permiso de lactancia puede ser solicitado indistintamente por cualquier de los dos progenitores, si bien, la Administración demandada y la Abogacía del Estado se opone a la interpretación, que, de este precepto legal, contiene la sentencia apelada y patrocinaba el recurrente, que permita, -en el supuesto de sustitución del tiempo de lactancia por un permiso retribuido que acumule en jornadas completas el tiempo correspondiente-, el uso indistinto del permiso de lactancia que pueda ser ejercido de manera sucesiva entre ambos progenitores que trabajen, con un reparto del total periodo disponible de forma sucesiva entre ellos.

Tesis que esta Sala no comparte.

La naturaleza jurídica de este permiso y su evolución histórica ha sido puesta de manifiesto por, entre otras, en la Sentencia de la Sala de lo Social de esta Audiencia Nacional, de fecha 29 de marzo de 2004, que aunque dictada en el ámbito de la jurisdicción social, recoge la filosofía y finalidad del permiso de lactancia, al decir: "*Inicialmente el permiso retribuido de lactancia, como su nombre indica tuvo, por objeto conceder a la madre un permiso que le facilitase dar de mamar a su hijo y así se desprendía de lo establecido en el art. 3.d) del Convenio 3 de la OIT y 5 del Convenio 103 de la OIT en relación con lo establecido en el art. 37.4 del ET en la redacción dada por la Ley 8/1980. Por esta razón, entre otras, las STC 109 y 187/1993 no consideraron contrario al principio de igualdad que este permiso se concediese sólo a la mujer. No obstante, la jurisprudencia pronto destacó que la lactancia podría ser natural o artificial (así lo admitieron las STC citadas) y que, por lo tanto, nada impedía que también fuese disfrutado por el padre. En este sentido la Ley 3/1989 reformó el Estatuto con el fin de que pudiera ser disfrutado por la madre o el padre, comprometiendo a éste en el cuidado del menor y superando una concepción no acorde con la realidad actual en la que el cuidado del menor se vinculaba exclusivamente a la madre. Ahora bien, siguiendo con esta línea de superación de la vinculación del permiso a la lactancia la*



jurisprudencia entiende que lo esencial no es por lo tanto la lactancia sino el cuidado y atención del menor de corta edad - STCT de 4 de septiembre de 1984 (RTCT 1984/6778)-. En el mismo sentido la STS de 19 de junio de 1989 razona que la finalidad de la norma es prestar la atención y el cuidado necesario al hijo. Podemos concluir, por lo tanto, que en la actualidad se concibe el permiso como un mecanismo legal que capacita al hijo a gozar de la atención que precisa por cualquiera de sus progenitores desde su nacimiento, superándose la vinculación necesaria o exclusiva con el deber de lactancia ", es claro, que dicho derecho se reconoce también al padre ".

A la luz de estos principios hemos de reafirmar la correcta interpretación jurídica que la sentencia de instancia realiza del precepto normativo que ahora nos ocupa, y es de justicia reconocer los detallados y adecuados argumentos jurídicos que dicha sentencia contiene.

La interpretación patrocinada por la Administración pretende restringir o limitar aquello que la norma jurídica no contiene en su dicción.

Haciendo aplicación de los criterios hermenéuticos que tradicionalmente ha sido los instrumentos con los que el jurista se aproxima a precisar el sentido de las palabras de los preceptos legales, puestos en relación con el texto del artículo 48 del EBEP , aparece que la norma pretende conferir el derecho al ejercicio de permiso de lactancia a cualquiera de los progenitores, de ello el uso de la expresión "... *indistintamente por uno u otro de los progenitores, en el caso de que ambos trabajen* ", y en aras al principio general, donde la Ley no distingue, el intérprete no debe distinguir, lleva aparejado que el concepto indistinto proyecte su eficacia a la total institución que regula, y por tan indistinto es su ejercicio por uno solo de los progenitores en todo su tiempo de duración, como que el mismo sea fraccionado en su total tiempo de disfrute de manera sucesiva por cada uno de ellos, la ley lo único que impone es que en el periodo de su disfrute sólo uno de los progenitores lo utilice, pero no cercena ni prohíbe el uso compartido de forma sucesiva entre ambos durante el total periodo de duración.

Junto a esta interpretación literal de las palabras, atendiendo a la finalidad y razón de ser de este permiso, según el decir jurisprudencial "... *lo esencial no es por lo tanto la lactancia sino el cuidado y atención del menor de corta edad*", tal función puede ser desempeñada de manera sucesiva y fraccionada por ambos progenitores.

Desde el punto de vista de la interpretación sociológica del precepto, su origen, como hemos expuesto más arriba, dimana de la redacción dada por la Ley 3/2007, de 22 marzo , para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y junto a ello la conciliación de la vida familiar, lo que supone el compromiso y la asunción por ambos progenitores de su implicación personal e individual en la atención y cuidado del lactante, lo conlleva no solo que tal permiso pueda ser usado indistintamente por cualquiera de ellos, sino también, que el total periodo de permiso pueda fraccionado en su total duración para ser utilizado por ambos progenitores, esta interpretación coopera a la igualdad efectiva del mujeres y hombres, en cuanto permite involucrar a ambos géneros en la atención y cuidado del menor de edad, y además puede permitir una más amplia protección y ejercicio de las opciones de los progenitores en la conciliación de la vida familiar con el trabajo, al permitir a los progenitores el compartir sucesivamente el permiso de lactancia.

TERCERO.- Por las razones expuestas procede desestimar el recurso formulado, y de conformidad con el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción , imponer las costas de esta alzada a la parte recurrente.

POR TODO LO EXPUESTO

FALLAMOS

Que **desestimando** el recurso de apelación formulado por la **Abogacía del Estado** , en representación del Ministerio del Interior, contra la Sentencia dictada por dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo núm. 11, en fecha 4 de abril de 2013 , recaída en el procedimiento abreviado núm. 203/2012, y en el que ha sido parte demandante-apelada, la Procuradora de los Tribunales Doña Ana de la Corte Macías, en nombre y representación de Don Marcelino ; debemos confirmar y confirmamos la referida sentencia.

Con expresa imposición de costas a la parte apelante.

Así por esta nuestra Sentencia, que es firme, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN .- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia en la forma acostumbrada de todo lo cual yo, la Secretaria Judicial, doy fe.