



Roj: STS 4407/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4407
Id Cendoj: 28079130062016100307
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Recurso: 4445/2015
Nº de Resolución: 2187/2016
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: LUIS MARIA DIEZ-PICAZO GIMENEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Sexta

Sentencia núm. 2.187/2016

Fecha de sentencia: 11/10/2016

Tipo de procedimiento: REC.ORDINARIO(c/a) Número del procedimiento: 4445/2015

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria Parcial

Fecha de Votación y Fallo: 29/09/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis María Díez Picazo Giménez

Procedencia: CONSEJO GRAL.PODER JUDICIAL

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mercedes Fdez.- Trigales Pérez

Transcrito por: Cgr

Nota:

Resumen

Reducción de jornada de Magistrada para cuidado de hijo menor por hospitalización. Falta de justificación de la denegación de la prórroga.

REC.ORDINARIO(c/a) núm.: 4445/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis María Díez Picazo Giménez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mercedes Fdez.-Trigales Pérez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Sexta

Sentencia núm. 2187/2016

Excmos. Sres.

D. Luis María Díez Picazo Giménez, presidente

D. Jorge Rodríguez Zapata Pérez

D. Pedro José Yagüe Gil

D. José Manuel Sieira Míguez

D. Manuel Vicente Garzón Herrero

En Madrid, a 11 de octubre de 2016.

Esta Sala ha visto el recurso contencioso-administrativo número 4445/2015, interpuesto por D.^a Alicia , Magistrada titular del Juzgado de Instrucción número NUM000 de DIRECCION000 , actuando en su propio nombre y derecho, contra el acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial de 3 de diciembre de 2015 por el que se deniega la solicitud de prórroga de la reducción de jornada; es parte recurrida el Consejo General del Poder Judicial, representado por el Abogado del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Luis María Díez Picazo Giménez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Mediante escrito presentado ante este Tribunal Supremo con fecha 23 de diciembre de 2015, D.^a Alicia , Magistrada titular del Juzgado de Instrucción número NUM000 de DIRECCION000 , en su propio nombre y representación y asistida por el letrado D. Jesús Alonso Penelas, interpuso recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial de 3 de diciembre de 2015 por el que se deniega la solicitud de prórroga de la reducción de jornada.

SEGUNDO.- Por diligencia de ordenación de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal de fecha 23 de diciembre de 2015 se tuvo por personada y parte recurrente a D.^a Alicia , se admitió a trámite el recurso contencioso-administrativo interpuesto y se requirió a la administración demandada la remisión del expediente administrativo en los términos que establece el artículo 48 de la Ley de esta Jurisdicción (Ley 29/1998, de 13 de julio) y que practique los emplazamientos previstos en el artículo 49 de dicha Ley .

TERCERO.- Mediante diligencia de ordenación de dicha Sala y Sección de 26 de enero de 2016 se tuvo por personada y parte a la Administración demandada y se emplazó por término de veinte días a D.^a Alicia al objeto de formalizar la correspondiente demanda.

CUARTO.- Con fecha 22 de febrero de 2016 D.^a Alicia presentó escrito de demanda en el que suplicó a la Sala que «dicte sentencia por la que:

- Se anule dicho acto, reconociendo el permiso dispuesto en el art. 223 h), con una reducción de jornada del 100%, sin disminución de retribuciones, hasta que mi hijo, Fructuoso , deje de ser menor de edad; todo ello con expresa imposición de costas a la demandada.

- Subsidiariamente, para el caso de no estimarse lo anterior, se anule dicho acto, reconociendo el permiso dispuesto en el art. 223 h), con una reducción de jornada del 80% (concretada en la asistencia al Juzgado un día cada semana durante las horas de audiencia, asumiendo el conocimiento hasta el enjuiciamiento, incluido éste, de los juicios de faltas que se tramiten en el Juzgado, no prestando servicio de guardia) sin disminución de retribuciones, hasta que mi hijo, Fructuoso , deje de ser menor de edad; todo ello con expresa imposición de costas a la demandada».

Por otrosí interesó el recibimiento a prueba.

QUINTO.- El Abogado del Estado presentó su escrito de contestación a la demanda con fecha 23 de marzo de 2016 en el que tras alegar cuanto estimó procedente interesó a la Sala que «dicte sentencia desestimando la demanda». Por otrosí se opuso al recibimiento a prueba.

SEXTO.- Por auto de 29 de abril de 2016 la Sala acordó denegar el recibimiento del proceso a prueba.

SÉPTIMO.- Evacuado el trámite de conclusiones por ambas partes, por providencia de 18 de julio de 2016 la Sala acordó:

«debido a la reestructuración de la Sala, como consecuencia de la entrada en vigor del nuevo Recurso de Casación, regulado en los artículos 86 y siguientes de la Ley 29/1998 de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , modificados por la Ley 7/2015 Orgánica del Poder Judicial y, en aplicación de las nuevas normas de reparto vigentes en la Sala a partir del día 22 de julio de 2016, aprobadas por Acuerdo de la Sala de Gobierno de 14 de junio de 2016, publicado en el Boletín Oficial del Estado número 163 de 7 de julio siguiente, remítase este recurso a la Sección Sexta de esta Sala.»

OCTAVO.- Por providencia de 7 de septiembre de 2016 se señaló para votación y fallo la audiencia del día 29 de septiembre de 2016, en cuyo acto tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso contencioso-administrativo es interpuesto por doña Alicia , Magistrada titular del Juzgado de Instrucción nº NUM000 de DIRECCION000 , contra el acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial de 3 de diciembre de 2015.

Los antecedentes del asunto son como sigue. En el año 2012, la recurrente dio a luz a un niño que nació con una pluralidad de graves enfermedades congénitas. A fin de evitar la frecuente hospitalización del niño, la recurrente adaptó su vivienda transformándola en una especie de entorno hospitalario bajo la dirección del servicio médico del Hospital de La Paz. Éste proporcionó a la recurrente, además, la formación necesaria para que pudiera cuidar a su hijo preferentemente en su domicilio. El ingreso del niño en el hospital no es aconsejable, entre otras razones, por el alto riesgo de infección respiratoria.

Con base en estas circunstancias, la recurrente solicitó al Consejo General del Poder Judicial que le otorgara una reducción de jornada para cuidar de su hijo. Mediante acuerdo de 29 de octubre de 2013, la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial decidió:

«I - 17- Acordar la reducción de jornada instada por D^a. Alicia , Magistrada con destino en el Juzgado de Instrucción nº NUM000 de DIRECCION000 , en atención a las enfermedades graves acreditadas de su hijo, menor de edad, en los términos acordados por la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en un 80% de las horas de audiencia, sin que ello afecte a sus retribuciones, todo ello de conformidad con los artículos 223 e) y h) y 226.3 del Reglamento de la Carrera Judicial 2/2011, de 28 de abril , en relación con el artículo 49 e) del Estatuto Básico del Empleado Público Ley 7/2007, de 12 de abril .

En orden a lo establecido en el art. 224 del Reglamento de Carrera Judicial , dada la carga de trabajo que soportan los Juzgados de Instrucción de Madrid, y su variedad competencial, esa reducción de jornada habrá de concretarse en la asistencia al Juzgado de un día cada semana durante las horas de audiencia, asumiendo el conocimiento hasta el enjuiciamiento, incluido éste, de los juicios de faltas que se tramiten en el Juzgado, a excepción de los que tengan entrada a través de la Guardia de Faltas. La Magistrada solicitante no participará en la prestación de ninguno de los servicios de guardia que correspondan al Juzgado de Instrucción nº NUM000 de DIRECCION000 del que es titular.

El resto de la jornada en relación a las horas de audiencia y las guardias, se completará con el nombramiento como medida de refuerzo de un Juez sustituto o la adscripción en igual concepto de Juez de adscripción territorial.

La expresada medida se acuerda por un periodo de seis meses, siempre que subsista la situación y sin perjuicio de posibles prórrogas».

Dicha reducción de jornada fue prorrogada, a instancia de la recurrente, en tres ocasiones, mediante acuerdos de la Comisión Permanente del Poder Judicial de 29 de abril de 2014, 27 de octubre de 2015 y 27 de mayo de 2015.

Solicitada una nueva prórroga de la reducción de jornada, es desestimada por el acto ahora impugnado, con la siguiente motivación:

«Trasladar a Alicia , magistrada con destino en el Juzgado de Instrucción nº NUM000 de DIRECCION000 , que no cabe acceder a su solicitud de prórroga de la reducción de la jornada sin afectación de retribuciones, toda vez que los cuidados que necesita su hijo menor de edad Fructuoso durante el horario de audiencia pública pueden ser asumidos por Clemente , padre del menor, por no desempeñar actividad laboral o profesional retribuida, así como que las enfermedades graves acreditadas por su hijo menor de edad no requieren actualmente de ingreso hospitalario de larga duración, sin que, por consiguiente, concurra el supuesto que para esta modalidad de licencia contempla el artículo 223 h) del Reglamento de la Carrera Judicial 2/2011, de 28 de abril , sin perjuicio de la posibilidad que ostenta de solicitar otro tipo de licencias más acordes con la situación padecida, como la prevista en el artículo 223 e) del Reglamento de Carrera Judicial ».

Conviene añadir que la Comisión de Igualdad del Consejo General del Poder Judicial había informado positivamente esa nueva solicitud de prórroga de la reducción de jornada para cuidado del hijo, por entender que concurre la situación reglamentariamente exigible para acordarla. Sin embargo, la propia Comisión de Igualdad propuso que se otorgase una reducción de jornada sólo del 50%, dado que el padre del niño no desempeña ninguna actividad laboral y, por ello, consideraba que podría colaborar en su cuidado domiciliario.

SEGUNDO.- Mediante auto de esta Sala de 14 de enero de 2016 , se acordó mantener cautelarmente la reducción de jornada existente, hasta la resolución definitiva del presente proceso.

TERCERO.- En su demanda, la recurrente sostiene que la situación en que se encuentra su hijo es subsumible en el supuesto de «hospitalización y tratamiento del hijo menor de edad», prevista en el art. 223.h) del Reglamento de la Carrera Judicial ; supuesto que permite la reducción de jornada -sin disminución de retribuciones- al menos en la mitad del período de audiencia pública. Argumenta, en sustancia, que la adaptación de su vivienda, el cuidado continuado y especializado que da a su hijo y la supervisión por parte del servicio médico del Hospital de La Paz determinan que la situación sea equiparable a la de permanencia en un centro hospitalario. Y en cuanto a la posibilidad de que su marido se hiciera cargo de una parte de los cuidados del niño enfermo, señala que el matrimonio se encuentra en crisis y que, en todo caso, su marido no está preparado para llevar a cabo dicha actividad.

Por su parte, en la contestación a la demanda, el Abogado del Estado -si bien no reconoce más hechos que los resultantes del expediente administrativo- no contesta materialmente el relato fáctico de la recurrente. Su oposición a las pretensiones de ésta es, más bien, de índole puramente jurídica y se centra en el significado y alcance del mencionado art. 223.h) del Reglamento de la Carrera Judicial , insistiendo en la corrección de la motivación del acto impugnado.

Es preciso indicar que, según el Abogado del Estado, la pretensión principal de la recurrente de que se le otorgue una reducción de jornada del 100% debe, en todo caso, ser desestimada; y ello porque no fue formulada en vía administrativa, donde sólo se pidió la prórroga de la hasta entonces vigente reducción de jornada del 80%.

CUARTO.- Antes de seguir adelante, debe decirse que la alegación del Abogado del Estado que se acaba de señalar está, sin duda, justificada: lo solicitado y denegado en vía administrativa fue una prórroga, de manera que la impugnación en vía contencioso- administrativa ha de ir referida a dicha denegación de la prórroga solicitada. Está fuera de lugar la pretensión principal de la recurrente, consistente en que se le reconozca el derecho a una reducción de jornada del 100%; algo sobre lo que nunca ha tenido ocasión de pronunciarse el Consejo General del Poder Judicial. La pretensión principal de la recurrente debe, así, ser desestimada.

QUINTO.- En cuanto a la pretensión subsidiaria, se trata de dilucidar si la denegación de la prórroga es o no es ajustada a derecho. El principal argumento empleado en la motivación del acto recurrido y luego reiterado por el Abogado del Estado en la contestación a la demanda es, como se ha visto, que la situación en que se halla el hijo de la recurrente no es subsumible en la de «hospitalización y tratamiento del hijo menor de edad» prevista en el art. 223.h) del Reglamento de la Carrera Judicial . El niño no estaría realmente hospitalizado, por lo que no habría base normativa para la reducción de jornada.

Siempre según el Consejo General del Poder Judicial, ello no significa que la situación del hijo de la recurrente no pudiera justificar la reducción de jornada contemplada en el apartado e) del propio art. 223 del Reglamento de la Carrera Judicial , relativo al «cuidado directo de algún menor de doce años». Obsérvense las diferencias entre los apartados e) y h) del referido precepto reglamentario: por un lado, el primero sólo es aplicable a los menores hasta los doce años, mientras que el segundo tiene como tope los dieciocho años; y, por otro lado, el primero pone un tope máximo del 50% a la reducción de jornada, mientras que el segundo prevé que ésta sea como mínimo del 50% y sin tope máximo. No es indiferente, así, que la situación ahora examinada deba ser encuadrada en uno u otro apartado del art. 223 del Reglamento de la Carrera Judicial .

Una vez sentado lo anterior, esta Sala no considera imprescindible pronunciarse sobre si la adaptación del domicilio de la recurrente, la formación recibida por ésta para el cuidado domiciliario de su hijo y el seguimiento que de todo ello se hace por el servicio médico del Hospital de La Paz equivalen a una situación de hospitalización, en el sentido del art. 223.h) del Reglamento de la Carrera Judicial . Y tampoco entiende necesario examinar si, cuando dicho precepto reglamentario habla de «hospitalización y tratamiento continuado» de un hijo menor de edad, se trata de un único supuesto (hospitalización con tratamiento continuado) o de dos supuestos (hospitalización, o tratamiento continuado incluso fuera del hospital).

A juicio de esta Sala, para resolver el fondo del litigio planteado es suficiente señalar que el Consejo General del Poder Judicial acordó inicialmente la reducción de jornada con base conjuntamente en los apartados e) y h) del art. 223 del Reglamento de la Carrera Judicial . Ello quiere decir que ya en el año 2013 entendió que la situación era subsumible no sólo en el supuesto del apartado e), sino también en el supuesto del apartado h). Y ese fue también su criterio en sucesivas prórrogas. Si el Consejo General del Poder Judicial, a quien corresponde valorar la situación en vía administrativa, ha considerado varias veces que la situación es encuadrable en el referido apartado h), habría debido explicar qué ha cambiado en esta ocasión con respecto a anteriores solicitudes de prórroga de la reducción de jornada inicialmente concedida en 2013. Al no haberlo

hecho así, el argumento de que el apartado h) no es aplicable al presente caso no puede ser acogido. En otras palabras, el acto impugnado se aparta inmotivadamente del criterio seguido en ocasiones similares anteriores.

SEXTO.- Tampoco el otro argumento usado por el acto impugnado para justificar la denegación de la prórroga de la reducción de jornada -igualmente reiterado por el Abogado del Estado en la contestación a la demanda- resulta persuasivo. Incluso admitiendo a efectos puramente argumentativos que el marido de la recurrente pudiera hacerse cargo de una parte de la actividad de seguimiento del hijo sin merma del cuidado debido, es lo cierto que el apartado h) del art. 223 del Reglamento de la Carrera Judicial no prevé ningún requisito de esa índole. No se exige que el cónyuge del Juez o Magistrado que solicita la reducción de jornada por hospitalización o tratamiento continuado de un hijo menor no pueda hacerse cargo de una parte del cuidado, ni se prevé tampoco que de ser ello posible deba reducirse proporcionalmente la reducción de la jornada del Juez o Magistrado. El mencionado precepto reglamentario sólo exige que el Juez o Magistrado solicitante tenga efectivamente un hijo en esa situación.

Cuestión diferente será, por supuesto, que el cónyuge también obtenga una reducción de su jornada laboral por idéntica razón, con arreglo a la legislación laboral o funcionarial que le sea aplicable. Si ello sucede, es obvio que el Juez o Magistrado sólo podrá legítimamente aspirar a ver su jornada reducida en la parte proporcional no cubierta por su cónyuge. Pero no es esto lo que aquí se discute.

Vale la pena observar, en fin, que cuanto se acaba de decir valdría también para el apartado e) del art. 223 del Reglamento de la Carrera Judicial, que es el indicado por el acto impugnado como eventualmente aplicable a la recurrente. Tampoco en ese precepto reglamentario se exige que el cónyuge del Juez o Magistrado no pueda asumir, en todo o en parte, el cuidado del hijo.

SÉPTIMO.- Dado que ninguna de las razones aducidas por el acto impugnado para denegar la solicitud de prórroga de la reducción de jornada solicitada por la recurrente es ajustada a derecho, y dado que el propio Consejo General del Poder Judicial había accedido en el pasado a solicitudes similares con respecto a la misma situación, debe estimarse la pretensión subsidiaria de la recurrente. Ello conduce a la anulación del acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial de 3 de diciembre de 2015, así como al reconocimiento de derecho de la recurrente a la prórroga de la reducción de jornada en idénticos términos que los acordados por última vez con fecha 27 de mayo de 2015.

OCTAVO.- Con arreglo al art. 139 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la desestimación parcial de la demanda comporta que no procede hacer imposición de las costas.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

PRIMERO.- Estimar parcialmente el recurso contencioso- administrativo 4445/2015 interpuesto por doña Alicia y anular el acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial de 3 de diciembre de 2015.

SEGUNDO.- Declarar el derecho de la recurrente a la prórroga de la reducción de jornada en los mismos términos en que se acordó por última vez con fecha 27 de mayo de 2015.

TERCERO.- No hacer imposición de costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. **Luis María Díez Picazo Giménez**, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.