

JDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 1
OVIEDO

SENTENCIA: 00085/2023

Modelo: N11600

N.I.G: 33044 45 3 2021 0001794

Procedimiento: PA PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0

Sobre: ADMNISTRACION DE LAS COMUNIDADES AUTONOMAS

De D/D^a:

Abogado: FRANCISCO JAVIER MARTINEZ RODRIGUEZ

Procurador D./D^a:

Contra D./D^a CONSEJERIA DE EDUCACION DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS

Abogado: LETRADO DE LA COMUNIDAD

Procurador D./D^a

SENTENCIA

En Oviedo, a veintiséis de abril de dos mil veintitrés.

Visto por S. S^a. Ilma. [REDACTED] el presente recurso contencioso administrativo, que se ha seguido por los trámites del Procedimiento Abreviado, ventilado con número 365/2021, en materia de personal, en el que ha sido parte demandante [REDACTED], representada procesalmente y asistida por el abogado D/ña. Francisco Javier Martínez Rodríguez, y parte demandada la comunidad autónoma del Principado de Asturias, en tanto el actuar administrativo recurrido procede de su Consejería de Educación, representada procesalmente y asistida por el/la Letrado/a de su servicio jurídico.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El abogado D. Francisco Javier Martínez [REDACTED], en representación procesal de [REDACTED] formuló demanda contra la desestimación de la solicitud presentada con fecha 30 de julio de 2021 para el disfrute del permiso de 10 semanas

correspondientes al progenitor diferente de la madre biológica por nacimiento”.

Expuestos los hechos y fundamentos de derecho que estima pertinentes, termina suplicando “que teniendo por presentado este escrito con los documentos que se acompañan, se sirva admitirlo y, en su virtud, tenga por formulado RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO contra la desestimación de la solicitud presentada con fecha 30 de julio de 2021 para el disfrute del permiso de 10 semanas correspondientes al progenitor diferente de la madre biológica por nacimiento y tenga por formalizada DEMANDA ... y se dicte en su día Sentencia por la que estimando el recurso se declare nula o subsidiariamente anule y se revoque la citada resolución, y se declare el derecho de la actora al disfrute del permiso de 10 semanas correspondientes al progenitor diferente de la madre biológica por nacimiento o subsidiariamente, y de resultar imposible el disfrute del permiso , se le indemnice con la cantidad de 7.647,87 euros.”

SEGUNDO.- Admitido a trámite el recurso interpuesto, se reclamó el expediente administrativo, señalándose la vista correspondiente para el día treinta y uno de marzo de dos mil veintitrés. En el acto de la vista, las partes, por su orden, expusieron lo que a su derecho convino, contestando la Administración demandada que solicitó la desestimación del recurso y con el resultado que obra en autos.

TERCERO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Constituye el objeto del presente recurso, como la demanda de autos específica en su primera página, la “desestimación [por la Consejería de Educación del Principado de Asturias] de la solicitud presentada, con fecha 30 de julio de 2021, para el disfrute del permiso de 10 semanas correspondientes al progenitor diferente de la madre biológica por nacimiento”.

La demanda termina suplicando "que, teniendo por presentado este escrito con los documentos que lo acompañan, se sirva admitirlo y, en su virtud, tenga por formulado RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO contra la desestimación de la solicitud presentada, con fecha 30 de julio de 2021, para el disfrute del permiso de 10 semanas correspondientes al progenitor diferente de la madre biológica por nacimiento; y tenga por formalizada DEMANDA para, previos los trámites de ley, con señalamiento del acto de vista y citación de las partes a dicho acto, celebrada esta, se dicte en su día Sentencia por la que, por los extremos arriba referidos, estimando el recurso, se declare nula o subsidiariamente anule y se revoque la citada resolución, y se declare el derecho de la actora al disfrute del permiso de 10 semanas correspondientes al progenitor diferente de la madre biológica por nacimiento o subsidiariamente, y de resultar imposible el disfrute del permiso, se le indemnice con la cantidad de 7.647,87 euros brutos".

SEGUNDO.- La Sentencia nº 270/2021, de 27 de octubre, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (recurso nº 246/2021), oportunamente invocada por la parte demandante, analizando la misma cuestión que aquí constituye el núcleo del debate procesal que nos ocupa, considera lo siguiente:

"el artículo 49 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público no contempla en su literalidad la posibilidad pretendida de ampliar su permiso de maternidad en doce semanas más (ex disposición transitoria novena del Real Decreto Ley 6/2019, de 1 de marzo) dada su condición de familia monoparental y, consecuentemente, la inexistencia de otro progenitor distinto a ella. Ahora bien, dicha pretensión no sólo debe ser estudiada desde la perspectiva de legalidad ordinaria, sino atendiendo a su dimensión constitucional y normativa internacional, desde la perspectiva de la primacía del interés y protección de los hijos, y del principio de igualdad del artículo 14 CE. Así, el artículo 39.2 de

nuestra Constitución consagra la primacía del interés y protección de los hijos menores, y el art 39.1, establece la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia. Y según artículo 10.2 de la Constitución, las normas relativas a los derechos fundamentales se han de interpretar conforme a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a los Tratados y Acuerdos Internacionales. Siendo que los tratados Internacionales válidamente celebrados forman parte del Ordenamiento Jurídico (art. 96 CE), ha de estarse a la Convención sobre los Derechos del Niño que señala que "los Estados parte respetarán los derechos enunciados en la presente Convención, sin distinción alguna por la condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales, debiéndose adoptar todas las medidas para que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, tutores o familiares"; en segundo término, señala que "todas las medidas que se adopten por las Instituciones Públicas o los Tribunales considerarán primordialmente el interés superior del niño". En el mismo sentido, la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, dictada en desarrollo del artículo 39 de la Constitución, dispone que todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado, y a ello se encuentran obligadas las Instituciones, sean públicas o privadas, los Juzgados y Tribunales y/o los órganos legislativos.

Entre los criterios establecidos en dicha Ley Orgánica a la hora de interpretar y aplicar en cada caso el interés superior del menor se encuentra el de la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas. La misma concepción sostiene el artículo 24 de la Carta de Derechos fundamentales de la UE: "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." Sentado ello, el derecho de igualdad y la primacía del interés y protección de los hijos menores consagrado en nuestra CE y en las normas internacionales citadas, impide que la atención, cuidado y desarrollo del menor de la familia monoparental sufra una merma respecto a aquellos otros menores de familias biparentales que van a recibir un distinto periodo de cuidado y atención directos de sus progenitores, siendo rechazable la discriminación del menor por su propia condición o por el estado civil o situación de su progenitor. Por ello, la regulación de los permisos de paternidad y maternidad ha de ser interpretada a la luz del principio general del interés superior del menor que se integra en el núcleo familiar con el progenitor o progenitores que le prestan atención y cuidados parentales, conforme a lo establecido en el artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, y al mandato del artículo 39 CE relativo a la protección a la familia y a la infancia, siendo este el designio el que debe prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda exegética, así como de acuerdo a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas, atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad. En definitiva, desde esta perspectiva del superior interés del menor y del derecho de igualdad ha de interpretarse y aplicarse el artículo 49 del Estatuto Básico del Empleado Público, procediendo la estimación de la pretensión de ampliación del permiso en la familia monoparental. Resuelta en estos términos la controversia suscitada, es improcedente el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad ex artículo 35 de Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

[...] Por otra parte, el criterio hermenéutico expuesto es acorde al artículo 3 del Código Civil, que requiere la aplicación de las normas en atención a la realidad social del tiempo en que las normas han de ser aplicadas, teniendo en cuenta que estadísticamente la mayoría de los hogares monoparentales están formados por mujeres, de modo que la

denegación de la pretensión deducida incide también en la igualdad entre mujeres y hombres, en cuanto que ocasiona una discriminación indirecta por razón del sexo, pues una disposición aparentemente neutra, en este caso el artículo 49 del Estatuto Básico del Empleado Público, sitúa a determinadas personas, mayoritariamente mujeres que forman familia monoparental, en desventaja particular, no encontrándose justificación objetiva alguna.

Desde este punto de vista, la estimación de la pretensión de la recurrente viene exigida por el artículo 14 del CE, el artículo 21.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y los artículos 1 y 4 de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materias de seguridad social, y el artículo 2.1 de la Directiva 2006/54/CE relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en empleo y ocupación”.

Nada tiene que añadir ni objetar este juzgador a tan prolija argumentación –y que tan esmeradamente recopila tan nutrido catálogo de normas aplicables de un modo u otro al caso, incluidas algunas de Derecho Comunitario, cuya prevalencia sobre los derechos de los Estados miembros conviene recordar–, como la allí contenida. Efectivamente, los preceptos constitucionales allí citados, como también la Convención sobre los Derechos del Niño, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materias de seguridad social, y la Directiva 2006/54/CE relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en empleo y ocupación, dibujan un contexto jurídico que apunta a una interpretación, si fuere que no ya propiamente extensiva, al menos amplia en orden a la mayor efectividad de los permisos de maternidad y paternidad reconocidos por el ordenamiento, lo cual, *a potiori* conectado con el siempre prevalente interés de los menores involucrados en la esfera familiar (*favor filii*), no parece compatible con

una limitación o interpretación estricta de tales permisos no ya en cuanto a los derechos subjetivos del progenitor de la familia monoparental, sino precisamente desde la óptica del menor que forma parte de ella, al que de algún modo parece que se haría de peor derecho en el caso de reconocer que, a diferencia del que se integra en una familia biparental, no tendría el derecho o la posibilidad que su (único) progenitor pudiera dedicarle todo el tiempo o atención que sí recibe de ellos el menor que convive con sus dos padres, los cuales cuentan con la totalidad de tales dos tipos o clases de permisos; lo cual incluso presenta un cierto tono de agravio secundario a lo anterior en atención, precisamente, a que solo cuenta con uno, y no con dos padres o progenitores, a lo que se suma que, de aceptarse la interpretación que hace la Administración, también vería reducido el tiempo, de tales dos tipos o clases de permisos, que en atención a la naturaleza y finalidad de los mismos puede el menor recibir o disfrutar.

Lo anterior determina la desestimación del recurso contencioso-administrativo.

TERCERO.- Establece el artículo 139. de la LJCA en su apartado 1. que *"En primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho"* y que *"En los supuestos de estimación o desestimación parcial de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, las imponga a una de ellas por haber sostenido su acción o interpuesto el recurso con mala fe o temeridad"*, añadiendo su apartado 4. que *"La imposición de las costas podrá ser a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima"*. Sin obviar la nueva redacción que le dió la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, este precepto ya fue modificado en su apartado 1. por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, cuya Exposición de motivos indica que

"En el orden contencioso-administrativo [...] En relación a las costas procesales se establece para los procesos de única o primera instancia el criterio del vencimiento pero con la posibilidad de que el tribunal pueda exonerar de las mismas cuando concurren circunstancias que justifiquen su no imposición; regulándose asimismo los supuestos de estimación o desestimación parcial". Así incorporando el criterio del vencimiento, o importándolo de la legislación procesal civil, se superaba así la situación anterior, en la que este precepto, tras configurar como regla general la de que la expresa imposición de o condena en costas había de obedecer a la intervención de "mala fe o temeridad", contemplaba el criterio del vencimiento solo para los casos en que "de otra manera se haría perder al recurso su finalidad" ("En primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas, razonándolo debidamente, a la parte que sostuviere su acción o interpusiere los recursos con mala fe o temeridad. [-] No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, se impondrán las costas a la parte cuyas pretensiones hayan sido desestimadas cuando de otra manera se haría perder al recurso su finalidad"). Superando con ello también una defectuosa observancia, en materia de regulación de las costas procesales en el ámbito de la Justicia administrativa, del principio según el cual "la necesidad de proceso para obtener razón no debe perjudicar al que tiene la razón"; principio que por ello mismo, y para no desvirtuar la aplicación práctica de esta reforma, ni de la mejora de ella derivada de la posición del justiciable que vence en un litigio contencioso-administrativo a la Administración, debe observarse con rigor. En el caso que nos ocupa no parece prudente, dadas las circunstancias, establecer límite alguno a las costas que procede imponer.

CUARTO.- De conformidad con el artículo 81.1 de la LJCA, contra esta Sentencia cabe interponer recurso de apelación.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

que **estimo** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por [REDACTED] contra la "desestimación [por la Consejería de Educación del Principado de Asturias] de la solicitud presentada, con fecha 30 de julio de 2021, para el disfrute del permiso de 10 semanas correspondientes al progenitor diferente de la madre biológica por nacimiento"; resolución la cual con ello se **anula y deja sin efecto**; reconociendo y **declarando** el derecho de la actora al disfrute del permiso de 10 semanas correspondientes al progenitor diferente de la madre biológica por nacimiento.

Con imposición de las **costas** a la Administración demandada.

Cúmplase lo dispuesto en el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, notificando la presente sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer ante este Juzgado, y en el plazo de quince días desde su notificación, recurso de apelación previa consignación o ingreso de los tributos y/o depósitos legalmente establecidos como requisito para la procedibilidad del recurso.

EL MAGISTRADO. [REDACTED]