

Tribunal Superior de Justicia

TSJ de Extremadura, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª)

Sentencia num. 183/2022 de 22 marzo

JUR\2022\133307

FUNCIÓN PÚBLICA: PERMISO DE LACTANCIA: cálculo de días acumulados: debe de hacerse en días hábiles, y no naturales: procedencia: en aras a la conciliación familiar, lo esencial es disponer de un tiempo libre durante la jornada laboral con el fin de cuidar a los menores.

ECLI:ECLI:ES:TSJEXT:2022:315

Jurisdicción:Contencioso-Administrativa

Procedimiento 466/2021

Ponente:Ilmo. Sr. D. Raimundo Prado Bernabeu

T.S.J.EXTREMADURA SALA CON/AD

CACERES

SENTENCIA: 00183/2022

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados del margen, en nombre de S.M. el Rey, ha dictado la siguiente:

SENTENCIA NUM.183/2022

PRESIDENTE :

DON DANIEL RUIZ BALLESTEROS

MAGISTRADOS :

DOÑA ELENA MÉNDEZ CANSECO

DON MERCENARIO VILLALBA LAVA

DON RAIMUNDO PRADO BERNABEU

DON CASIANO ROJAS POZO

DOÑA CARMEN BRAVO DÍAZ /

En Cáceres a, veintidós de marzo de dos mil veintidós.

Visto el recurso contencioso administrativo Procedimiento Ordinario número **466/2021** , promovido la Procuradora Doña Beatriz Muñoz González, en nombre y representación de DON Marco Antonio siendo demandada la **ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO**, representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado recurso que versa sobre resolución del Jefe de la División de Personal de la Dirección General de la Policía de fecha 24 de junio de 2021, resolutoria de reposición y relativa a concesión de permiso de lactancia. Cuantía indeterminada.

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 las costas a la parte 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 las costas a la parte actora.

TERCERO.-

Recibido el recurso a prueba, y habiéndose solicitado como medios de prueba la documental y la obrante en el expediente administrativo, se admitió la propuesta relativa, teniéndose por reproducido. La Administración demandada no ha propuesto prueba alguna.

Se declararon los autos conclusos para dictar sentencia, sin que fuera necesario el trámite de conclusiones escritas. En este PO la única prueba practicada ha sido la prueba documental aportada con la demanda y la obrante en el expediente administrativo y que las partes litigantes han podido valorar en los escritos de demanda y contestación, constando los hechos y fundamentos en los que cada parte se basa y que están expuestos en la demanda y contestación, por lo que no resulta necesario un nuevo trámite de alegaciones mediante conclusiones escritas que solo

daría lugar a un retraso en la resolución del proceso y a una reiteración de las alegaciones ya efectuadas, señalándose día para la votación y fallo del presente recurso, llevándose a efecto en el fijado.

CUARTO.-

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

Siendo Ponente para este trámite el Ilmo. Sr. Magistrado **Don Raimundo Prado Bernabeu** , que expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

Se somete a examen de la Sala a través de recurso contencioso administrativo, la resolución del Jefe de la División de personal de la DGP de fecha 24 de junio de 2021, resolutoria de reposición y relativa a concesión de permiso de lactancia.

SEGUNDO

Damos por acreditados los hechos objetivos que dimanen del expediente y las actuaciones.

Nos encontramos ante una estricta cuestión valorativa o de interpretación de la norma. Con el fin de simplificar la pretensión, que en cierta manera se desprende con claridad del recurso y la demanda, debemos incidir en manifestar que frente a lo sostenido por la administración, en orden a entender que el cálculo de los días acumulados debe realizarse en días naturales, decimos, que frente a ello la parte entiende que dicho cálculo hay que efectuarlo en días " hábiles" y por ello en el suplico se solicita que se disfrute de esos 28 días sin contar los naturales y en su caso y si no fuese posible con la indemnización sustitutoria.

La [Sentencia del TSJ de Galicia 147/2021 de 10 Mar. 2021 \(RJCA 2021, 836\)](#) , Rec. 456/2019 que traemos a colación, en aquello que entendemos aplicable manifiesta: "... Debe recordarse la [Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Contencioso sección 1ª de fecha 11 de junio de 2.019 \(PROV 2020, 45286\)](#) - dictada en el Recurso de Apelación N° 355/2.018 **que analiza:** c) El modo de computar la duración del permiso sustitutorio también se deduce, de modo lógico y racional, de la norma. Efectivamente, si el disfrute del permiso en su modalidad principal consiste en "una reducción de la jornada en el periodo de audiencia pública de una hora"; en su modalidad sustitutoria se trata de acumular esas horas de audiencias públicas "en jornadas completas el tiempo correspondiente", lo que necesariamente conlleva jornadas laborales o días hábiles. d) La jornada se calcula

atendiendo a la jornada general de trabajo en la Administración General del Estado de treinta y siete horas y media semanales, según Resolución de 20 de diciembre de 2005, de la Secretaria General para la Administración Pública, por la que se dictan instrucciones sobre jornada y horarios de trabajo (B.O.E. de 27 de diciembre de 2005). En resumen, **el límite máximo del plazo de duración del permiso sustitutorio por lactancia será el resultado del cómputo del número de días hábiles hasta que el hijo menor de edad cumpla doce meses - a razón de una hora diaria - dividido por una jornada semanal de 37,5 horas o 7,5 horas diarias.**", por lo que el Órgano de Gobierno, estimó el recurso de alzada,..., En definitiva, y en base a los fundamentos expuestos, se debe estimar el recurso contencioso- administrativo interpuesto ya que el acto impugnado no es conforme a Derecho, debiéndose en consecuencia anular el acto administrativo recurrido y condenar a la Administración demandada en los términos consignados en el fallo relativas a la concesión de permiso por paternidad y de lactancia acumulado en días naturales y no hábiles, debemos anular y anulamos las mencionadas resoluciones por no ser conformes a Derecho,..., En consecuencia, debemos condenar y condenamos a la Administración demandada a reconocer el derecho del actor a disfrutar de quince días hábiles de permiso de paternidad y de 28 días hábiles de permiso de lactancia acumulado, a disfrutar desde la conclusión del permiso anterior, **lo que supone disfrutar 13 días hábiles de permiso,...**".

Ninguna duda existe acerca del derecho legal a la concesión del permiso de lactancia. Ha de señalarse también que ninguna discrepancia existe entre las partes sobre ese derecho indiscutible.

La discrepancia entre las partes en el presente caso es la relativa a que la parte recurrente considera que ese permiso es de 28 días hábiles, mientras que la Administración demandada considera que es de 20 días hábiles, 28 días naturales, tal como concedió la Resolución administrativa recurrida.... Ese Informe refiere expresamente: "...", "...", 1.- El [Art. 14.7 y 8](#) de la [Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo \(RCL 2007, 586\)](#) para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIEMH) establece, entre otros, los siguientes criterios generales de actuación de los poderes públicos: la protección de la maternidad, con especial atención a la asunción por la sociedad de los efectos derivados del embarazo, parto y lactancia; así como el fomento de la corresponsabilidad en las labores domésticas y en la atención a la familia

Así, el [Artículo 48 f\)](#) del [Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre \(RCL 2015, 1695, 1838\)](#) , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público dispone expresamente:

"Los funcionarios públicos tendrán los siguientes permisos:..., f) Por lactancia de un hijo menor de doce meses tendrán 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 y al final de la jornada, o en una hora al inicio o al final de la jornada, con la misma finalidad. El permiso contemplado en este apartado constituye un derecho individual de los funcionarios, sin que pueda transferirse su ejercicio al otro progenitor, adoptante, guardador o acogedor. Se podrá solicitar la sustitución del tiempo de lactancia por un permiso retribuido que acumule en jornadas completas el tiempo correspondiente. Esta modalidad se podrá disfrutar únicamente a partir de la finalización del permiso por nacimiento, adopción, guarda, acogimiento o del progenitor diferente de la madre biológica respectivo. Este permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de parto, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiple....".

Como señala la Administración demandada, el [artículo 48.f\)](#) TREBEP exige tener en cuenta la jornada completa

La Administración hace constar, dato no cuestionado por la recurrente, que los días laborales de la fiscal por el periodo de tiempo mencionado fueron de 157 (descontando los sábados, domingos, festivos y al menos los once días de vacaciones estivales a que tiene derecho el recurrente que han mediado entre el día 17 de agosto de 2.019 hasta el 26 de abril de .2020 - y todo sin contar los seis días de asuntos propios y los restantes días de vacaciones adicionales que podría haber disfrutado -). Se observa que el cómputo de los días hábiles del recurrente realizado por la Administración finaliza el 26 de abril de 2.020, cuando debería finalizar.... 2.020, lunes, que es cuando se cumple un año del nacimiento de la hija de la recurrente. Ello implica que a los 157 días que fija la Administración debe añadirse un día hábil más, lo que permite obtener el resultado de 158 días hábiles.

En consecuencia, según el [artículo 48.f\)](#) TREBEP, si las jornadas completas de la fiscal a efectos del cálculo del permiso por lactancia son 158 laborales, el funcionario público tiene derecho a una hora por cada día de jornada completa, lo que implica 158 horas de trabajo. Ahora, debe dividirse esa cifra entre 37,5 horas de una jornada semanal de 37,5 horas o 7,5 horas diarias. Esa división da como resultado, 21,06666. En definitiva, los días que corresponden a la recurrente por permiso de lactancia son 21 días, días hábiles desde luego.

Por ello computados desde el 17 de agosto de 2.019, tendrían que finalizar el 16 de septiembre de 2.019 incluido.

La resolución recurrida concedió a la recurrente un permiso de lactancia desde el

17 de agosto de 2.019 hasta el día 13 de septiembre de 2.019, de forma que se observa claramente que falta 1 día hábil. Ello determina la estimación parcial del recurso, sin necesidad de analizar la pretensión de indemnización planteada.

Se considera, atendidas las peticiones de la parte recurrente de ejercer su legítimo derecho a la conciliación de la vida personal y familiar y su manifestado propósito de no perjudicar la organización de la Fiscalía provincial a la que está adscrita y los horarios de sus compañeros, que podrá disfrutar de ese derecho en un plazo de 6 meses.

Por todo lo anteriormente expuesto, procede necesariamente la estimación parcial del recurso interpuesto".

Como hemos adelantado, entendemos que lo que se reseña en las sentencias expuestas es trasladable a este supuesto. Interpretaciones literales de la norma, racionales y teleológicas conllevan a manifestar que, en aras a la conciliación familiar, lo esencial es disponer de un tiempo libre durante la jornada laboral con el fin de cuidar a los menores. Esa jornada laboral, lógicamente debe entenderse en días laborables ya que existen otros días, los "naturales" en los que no se tiene que trabajar de manera obligatoria o si se hace, normalmente existen una serie de compensaciones de jornada que nos llevaría a la misma conclusión. El argumento de la abogacía del Estado acerca de computar estos días de conformidad al criterio del [art 5 del Código Civil \(LEG 1889, 27\)](#), no lo entendemos aplicable, ya que el mismo está previsto para cómputo de acciones y plazos civiles que no es el supuesto ahora examinado donde nos hallamos ante una norma administrativa que no otorga una acción sino un derecho.

Por lo que se refiere a la petición principal, entendemos que los posibles días de permiso que resten, pueden ser disfrutados y acumulados en un periodo continuo, sin necesidad de acudir a la vía indemnizatoria siempre y cuando no se afecte a la prestación del servicio de manera especial

TERCERO

Conforme al [art 139](#) de la [LJCA \(RCL 1998, 1741\)](#), las costas deben ser impuestas a la administración

VISTOS los artículos citados y demás preceptos de pertinente y general aplicación, EN **NO** MBRE DE SM EL REY, por la potestad que nos confiere la CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA,

FALLAMOS

Que estimamos el recurso contencioso administrativo interpuesto por Don Marco

Antonio, representado por la Procuradora Doña Beatriz Muñoz González, frente a la resolución del Jefe de la División de Personal de la DGP de fecha 24 de junio de 2021, y relativa a concesión de permiso de lactancia que anulamos, en el único sentido de entender que la recurrente posee derecho a disfrutar de 28 días de permiso en días hábiles sin tener en consideración los naturales. Los que resten podrán disfrutarse de manera acumulada en el momento más próximo a la firmeza de la sentencia y siempre en jornadas en las que no se afecte a la prestación del servicio de manera especial. Ello con imposición en costas a la administración.

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 \(RCL 1998, 1741\)](#) 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, \(PROV 2016, 132856\)](#) 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 \(RCL 2009, 2089\)](#), 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 el expediente administrativo, al órgano que dictó la resolución impugnada, que deberá acusar recibo dentro del término de diez días conforme previene la Ley, y déjese constancia de lo resuelto en el procedimiento.

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

PUBLICACIÓN .- En la misma fecha fue publicada la anterior sentencia por el Ilmo.

Sr. Magistrado que la dictó. Doy fe.