



Roj: **STSJ AR 753/2021 - ECLI:ES:TSJAR:2021:753**

Id Cendoj: **50297330022021100174**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Zaragoza**

Sección: **2**

Fecha: **27/10/2021**

Nº de Recurso: **246/2021**

Nº de Resolución: **270/2021**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA ELENA MARCEN MAZA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SECCION Nº 2 DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGON

C/ Coso, 1, Zaragoza Zaragoza

Teléfono: 976 208 075, 976 208 353 Email.:

Sección: CJ Proc.: **RECURSO DE APELACIÓN**

Nº : **0000246/2021**

NIG: 5029745320200001158

Resolución: **Sentencia 000270/2021**

tribunalsuperiorcontenciosos2zaragoza@ justicia.aragon.es Modelo: TX004 Procedimiento Abreviado 0000232/2020 - 00 JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 5 DE ZARAGOZA

Apelante Fátima Abogado: LUIS CARLOS BANDRÉS ORÓÑEZ Apelado DIPUTACION GENERAL DE ARAGON Abogado: LETRADO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGON

SENTENCIA 000270/2021

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES PRESIDENTE

D. EUGENIO ÁNGEL ESTERAS IGUÁCEL

MAGISTRADOS

D.ª M.ª DEL CARMEN MUÑOZ JUNCOSA

D. EMILIO MOLINS GARCÍA ATANCE

D.ª M.ª ELENA MARCÉN MAZA

En Zaragoza, a 27 de octubre de 2021.

Vistos por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón constituida por los Ilustrísimos Señores Magistrados expresados, en grado de apelación, el presente **rollo de apelación nº 0000246/2021** interpuesto contra la desestimación presunta por silencio administrativo del recurso de alzada interpuesto en fecha 24-2-2020 contra la resolución dictada por la Directora del Servicio Provincial de Zaragoza del Departamento de Educación, Cultura y Deporte que resolvió denegar la solicitud inicial de ampliación del permiso por nacimiento para la madre biológica por la duración del permiso previsto a favor del progenitor diferente de la madre biológica correspondiente a los autos procedentes del JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 5 DE ZARAGOZA del Procedimiento Abreviado 0000232/2020 - 00 y siendo partes como apelante **Fátima**, en su propio nombre y representación, y defendido por el Abogado LUIS CARLOS BANDRÉS ORÓÑEZ y como apelado **DIPUTACIÓN GENERAL DE ARAGÓN**, representado por y defendido por el Letrado LETRADO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 5 de Zaragoza dictó la sentencia desestimatoria apelada. **SEGUNDO.**- Notificada dicha resolución a las partes, por la demandante se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos, dándose traslado a la parte adversa para que formulara oposición, quien presentó el correspondiente escrito, siendo posteriormente remitidas las actuaciones, con emplazamiento de las partes a esta Sala. **TERCERO.**- Turnado a esta Sección Segunda el recurso, formado el correspondiente rollo y comparecidas las partes, se admitió a trámite el recurso, señalándose para votación y fallo el día veinte de octubre de 2021. Es Ponente la Ilma. Sr. Magistrado D. María Elena Marcén Maza.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Por la recurrente se apela la sentencia 55/2021 dictada en P.A. 232/2020 por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 5 de Zaragoza, que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la desestimación presunta, por silencio administrativo negativo, del recurso de alzada contra la Resolución dictada por la Directora del Servicio Provincial de Zaragoza del Departamento de Educación, Cultura y Deporte en virtud de la cual se resolvió denegar la solicitud inicial de ampliación del permiso por nacimiento para la madre biológica por la duración del permiso previsto a favor del progenitor diferente de la madre biológica.

Dicha demanda suplicaba al juzgado:

"- Se declare nula de pleno Derecho y/o no ajustada a Derecho la Resolución desestimatoria presunta recurrida, procediéndose a dejar sin efecto alguno.- Se reconozca como situación jurídica individualizada el derecho de la recurrente, como integrante de familia monoparental, a la ampliación de su permiso por nacimiento de hija en doce semanas más, condenándose a la Administración a estar y pasar por tal reconocimiento con la adopción de las medidas adecuadas para el restablecimiento de aquélla, entre ellas el abono de una indemnización de los daños y perjuicios ocasionados cuantificada en el importe de 6.251 euros." Asimismo, al amparo del artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, instaba en la demanda el planteamiento ante el Tribunal Constitucional de cuestión de inconstitucionalidad del 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. La sentencia apelada funda la desestimación en el tenor literal del citado artículo 49, que no contempla la pretendida ampliación del permiso de maternidad en los casos de familias monoparentales ni la posibilidad de trasladar el disfrute del permiso del progenitor a la madre biológica, considerando improcedente plantear cuestión de inconstitucionalidad. El escrito de apelación plantea como motivo de impugnación, en síntesis, que la normativa española ha de interpretarse según el artículo 10.2, 14 y 39.2 CE y según la normativa internacional, y, en consecuencia, desde la perspectiva del superior interés del niño y protección de los hijos, sin que pueda discriminarse al menor por razón de su pertenencia a familia monoparental. Añade que la pretensión deducida incide en la igualdad entre mujeres y hombres, ocasionando una discriminación indirecta por razón del sexo, dado que estadísticamente la mayoría de los hogares monoparentales están formados por mujeres. Por último, insta la aplicación analógica del artículo 49 a) EBEP que en caso de fallecimiento de la madre permite que el otro progenitor haga uso de la totalidad o de la parte que reste de permiso por nacimiento para la madre biológica, siendo la única excepción a la norma general de imposibilidad de transferir los permisos de uno a otro progenitor. La parte apelada opone que la legislación no prevé la acumulación de los permisos de paternidad y maternidad ni la ampliación del permiso de maternidad, que son permisos de distinta naturaleza en atención a su finalidad (STCo Pleno núm 111/2018 de 17 de octubre, rec. 4344/2017), siendo esta finalidad el criterio para determinante de su disfrute según el TJUE.

SEGUNDO. - Como la parte apelante reconoce, 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.

TERCERO. - 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 .

CUARTO.- La recurrente insta el abono de una indemnización de los daños y perjuicios ocasionados cuantificada en el importe de 6.251 euros. Tal pretensión no puede ser estimada, en cuanto que la demandante se limita a incluirla en el suplico de la demanda, sin acreditación, ni siquiera mera alegación, ni en sede administrativa ni judicial, de tales daños y perjuicios, recayendo sobre la recurrente la carga de la prueba según el artículo 217 LEC que exige a la parte la prueba de los hechos en que se fundamente su pretensión. Dado que la parte recurrente no ha propuesto prueba alguna en orden a la constatación de la realidad y cuantía de los daños, ha privado al Tribunal de la prueba necesaria para estimar su pretensión, lo que conduce a su desestimación.



QUINTO.- Las costas se rigen por el art. 139 LJCA, sin que proceda su imposición en ninguna de las dos instancias, dadas las dudas de derecho concurrentes.

En atención a lo expuesto esta Sección pronuncia el siguiente

FALLO

PRIMERO.- Estimamos parcialmente el presente recurso de apelación contra la sentencia 55/2021 dictada en PA 232/2020 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 5 de Zaragoza, que revocamos.

SEGUNDO.- En su lugar, estimamos parcialmente el recurso contencioso-administrativo 232/2020, y en consecuencia:

1. se declara nula de pleno derecho la resolución desestimatoria presunta recurrida. 2. Se reconoce como situación jurídica individualizada el derecho de la recurrente, como integrante de familia monoparental, a la ampliación de su permiso por nacimiento de hija por el tiempo correspondiente. 3. Se desestiman el resto de las peticiones de la demanda.

TERCERO.- No hacemos expresa declaración de las costas de ambas instancias. Contra la presente resolución podrá interponerse recurso de casación ante el Tribunal Supremo por infracción de norma estatal o de la Unión Europea o recurso de casación ante este Tribunal por infracción de derecho autonómico, según lo previsto en los artículos 86 y siguientes de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, redacción dada por la LO 7/2015, de 21 de julio. Recurso que se preparará ante esta Sala, en el plazo de 30 días contados desde el siguiente a la notificación de la resolución, por escrito que deberá cumplir los requisitos del artículo 89 del citado texto legal. Así por esta sentencia, de la que se llevará testimonio al correspondiente Rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada ponente, celebrando la Sala audiencia pública, en el mismo día de su pronunciamiento, doy fe.