

Documento TOL6.656.019

Jurisprudencia

Cabecera: Permiso parental a un Magistrado: Interpretación del artículo 373.2 de la LOPJ en relación con el artículo 218 del Reglamento 2/2011, de la Carrera Judicial

Jurisdicción: Contencioso-Administrativo

Ponente: [Jorge Rodríguez-Zapata Pérez](#)

Origen: Tribunal Supremo

Fecha: 28/06/2018

Tipo resolución: Sentencia

Sala: Tercera

Sección: Sexta

Número Sentencia: 1109/2018

Número Recurso: 183/2017

Supuesto de hecho: El Tribunal Supremo reconoce el derecho de un juez a disfrutar de un permiso de maternidad de 16 semanas por el nacimiento de su hija. La Sala Tercera considera que el pago único por parto/lactancia que recibió la madre, que es abogada por cuenta propia, no es equiparable a un pago por prestaciones, y que, además, no le permitió suspender su actividad profesional

Numroj: STS 2391:2018

Ecli: ES:TS:2018:2391

RESUMEN:

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha reconocido el derecho de un juez a disfrutar de un permiso de maternidad de 16 semanas por el nacimiento de su hija al considerar que el pago único por parto/lactancia que recibió la madre, que es abogada por cuenta propia, no es equiparable a un pago por prestaciones, y que, además, no le permitió suspender su actividad profesional.

El tribunal estima el recurso interpuesto por el magistrado contra el acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, de 29 de diciembre de 2016, que concedió al magistrado un permiso de 10 semanas de permiso, no de 16, atendiendo al artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores y el artículo 49 a) del Estatuto Básico del Empleado Público, así como el artículo 218.1 del Reglamento 2/2011 de la Carrera Judicial, por entender que la madre sí tenía derecho a prestaciones de acuerdo con las normas que regulan su actividad profesional. Previamente, el presidente del Tribunal Superior de Galicia le denegó una licencia por maternidad por ausencia de previsión legal y reglamentaria que amparase tal derecho.

No conforme con el permiso de 10 semanas, el magistrado presentó recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Supremo que le da la razón en esta sentencia en la que señala que la interpretación que el CGPJ ha dado a la normativa aplicable no se debió detener en la simple concesión del permiso de 10 semanas, sino que debió conceder las 16 semanas solicitadas por el recurrente.

La madre no podía suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones

La sentencia, con ponencia del magistrado Jorge Rodríguez-Zapata, explica que la madre de la niña no tiene derecho a prestaciones y que el pago único que recibió de la Mutuality General de la Abogacía no le permitió "suspender su actividad profesional" ni iniciar periodo de descanso alguno por lo que nada se opone a que el padre disfrute el permiso íntegro en beneficio de la menor, que nació en 2016.

La Sala aplica a este caso el apartado 3 del artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores que establece que en el caso de que la madre no tuviese derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones de acuerdo con las normas que regulen dicha actividad, el otro progenitor tendrá derecho a suspender su contrato de trabajo por el periodo que hubiera correspondido a la madre, lo que será compatible con el ejercicio del derecho reconocido en el apartado 7 (permiso de paternidad que comporta la suspensión del contrato durante cuatro semanas).

Por otra parte, el tribunal rechaza que dicho pago único, que recibe la madre, suponga doble pago o duplicación de prestaciones, ya que "resulta obvio que el permiso parental tiene una significación muy distinta para los progenitores, para el cuidado del menor y para el propio interés general, a la del simple percibo de una cantidad que resarza de gastos de maternidad y lactancia".

Añade que no existe ningún dato que indique qué cantidad debía percibir la madre de la Mutualidad General de la Abogacía como pago único por parto/lactancia, lo que impide valorar su suficiencia o insuficiencia a los efectos que le otorga la resolución impugnada, ni tampoco indicio alguno que avale la afirmación de que ese pago único a percibir por la madre esté destinado precisamente a cubrir el periodo mínimo de recuperación biológica postparto. Por el contrario, añade la Sala, se declara probado que el certificado de la Mutualidad General de la Abogacía de 6 de mayo de 2016 demuestra que el Plan Universal en el que estaba integrada la madre "no contempla en ningún caso la protección por maternidad de 16 semanas retribuidas que la ley establece como descanso por maternidad ni el periodo de lactancia, aunque sí contempla la garantía de maternidad y lactancia con una indemnización de carácter económico de pago único por parto/lactancia".

La sentencia explica que esa indemnización de pago único es imputable tanto al parto como a la lactancia por lo que carece de sentido, y de apoyo probatorio, llamarla a cubrir, de forma estricta por insuficiencia, sólo la ausencia de rentas durante el periodo mínimo indispensable para la recuperación biológica de la madre tras el parto, protegiendo así únicamente la maternidad biológica. Para la Sala, el acuerdo del CGPJ incurre en contradicción ya que, por una parte, considera que el pago único no se puede equiparar al pago por prestaciones porque solo protege la recuperación biológica y desatiende las demás funciones esenciales que tiene asignada la licencia por parto, pero, de la otra, sostiene que ese pago único sí es un derecho a prestaciones que excluye el derecho del padre al permiso íntegro. En el primer caso, carece de sentido considerar como derecho a prestaciones un pago que es insuficiente para los fines a los que sirve el permiso parental. En el segundo, advierte la Sala, se privaría a ambos padres del permiso parental, en detrimento de los cuidados de la menor y en forma contraria a los principios del derecho de la Unión Europea. Por ello, estima el recurso y reconoce el derecho al permiso de 16 semanas solicitado por el recurrente, debiéndose imputar el tiempo en el que este haya estado de excedencia voluntaria para cuidado de la menor a dicha licencia por maternidad.

ENCABEZAMIENTO:

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Sexta

Sentencia núm. 1.109/2018

Fecha de sentencia: 28/06/2018

Tipo de procedimiento: REC.ORDINARIO(c/a)

Número del procedimiento: 183/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 07/06/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Jorge Rodríguez Zapata Pérez

Procedencia: CONSEJO GRAL.PODER JUDICIAL

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurelia Lorente Lamarca --

Transcrito por:

Nota:

REC.ORDINARIO(c/a) núm.: 183/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Jorge Rodríguez Zapata Pérez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurelia Lorente Lamarca --

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Sexta

Sentencia núm. 1109/2018

Excmos. Sres.

D. Luis María Díez Picazo Giménez,

presidente

D. Jorge Rodríguez Zapata Pérez

D. José Manuel Sieira Míguez

D. Nicolás Maurandi Guillén

D. Eduardo Espín Templado

En Madrid, a 28 de junio de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso contencioso-administrativo número 2/183/2017, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales, **doña Carmen María Villanueva Santiago**, en nombre y representación de **don Carlos José**, contra el acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial de 29 de diciembre de 2016, por el que se estima el recurso de alzada deducido frente a un acuerdo del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, que denegó al recurrente el disfrute de una licencia por maternidad de 16 semanas, por el nacimiento de su primera hija.

Ha sido parte recurrida **el Consejo General del Poder Judicial**, representado y defendido por **el Abogado del Estado**.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jorge Rodríguez Zapata Pérez.

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Mediante escrito que tuvo entrada en este Tribunal Supremo el 13 de marzo de 2017, la Letrada doña Carmen María Villanueva Santiago, quien dijo actuar en nombre y representación del magistrado don Carlos José, presentó escrito de interposición de recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial de 29 de diciembre de 2016, por el que se estima el recurso de alzada interpuesto frente a otro acuerdo del Presidente del Tribunal Supremo de Galicia de 8 de junio de 2016.

El Presidente del Tribunal Superior de Galicia había denegado el disfrute de una licencia por maternidad de 16 semanas por el nacimiento de la hija del magistrado. Todo ello por entender que existía ausencia de previsión legal y reglamentaria que amparase tal derecho.

El acuerdo de la Comisión Permanente anula el acuerdo recurrido y concede a don Carlos José el derecho a disfrutar de diez semanas de permiso por parto.

Entiende que tanto el artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores como el artículo 49 a) del Estatuto Básico del Empleado Público y el artículo 218.1 del Reglamento 2/2011, de la carrera judicial permiten ceder dicho permiso al disfrute paterno; y todo ello imputándose todo el tiempo que el magistrado recurrente haya estado en situación de excedencia voluntaria para cuidado de menor a dicha licencia por maternidad cedida, con el límite de las 10 semanas de duración máxima del disfrute por cesión, y a todos los efectos retributivos y legales.

SEGUNDO. - Por diligencia de ordenación de 14 de marzo de 2017 se concedió plazo al recurrente para que designara Procurador o indicase si, en su caso, deseaba litigar en su propio nombre.

Por escrito de 3 de abril de 2017 el recurrente manifestó que litigaría en su propio nombre y representación.

Por diligencia de 7 de abril de 2017 se tuvo por interpuesto el recurso y se requirió a la Administración demandada la remisión del expediente administrativo, ordenándole que practicara los emplazamientos previstos en el artículo 49 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de este orden contencioso-administrativo (LJCA).

TERCERO. - Recibido el expediente, por diligencia de ordenación de 5 de junio de 2017 se tuvo por personada y parte a la Administración recurrida, se comprobó que se habían efectuado los emplazamientos previstos en el artículo 49 de la LJCA y se concedió traslado al magistrado recurrente para que, en el plazo de veinte días, dedujera su demanda.

CUARTO. - El recurrente formalizó la demanda mediante escrito firmado el 8 de noviembre de 2017.

Manifiesta que impugna el referido acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial de 29 de diciembre de 2016, porque estima sólo parcialmente el recurso de alzada número 355/16 deducido por el actor frente al acuerdo del Presidente del Tribunal Supremo de Galicia de 8 de junio de 2016, que le denegó el disfrute de una licencia por maternidad de 16 semanas por el nacimiento de su primera hija el día NUM000 de 2016. La Comisión Permanente anula el acuerdo recurrido y concede al actor el derecho a disfrutar de diez semanas del permiso por parto, por lo que la estimación es solo parcial.

Insiste el demandante en su petición de 16 semanas.

Como antecedentes de hecho refiere que el día NUM000 de 2016 tuvo una hija con su pareja.

El recurrente era en aquel momento magistrado en activo y la madre de la niña ejercía de Abogada por cuenta propia.

Impugna la resolución estimatoria de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial porque sólo efectúa el reconocimiento parcial de su petición para 10 semanas.

Considera que la resolución impugnada, de la que da cuenta con detalle, se funda en que no es aplicable por analogía, para el periodo entre las 10 y las 16 semanas, el artículo 48.4, párrafo 3º, del Estatuto de los Trabajadores, que establece que en el caso de que la madre no tuviese derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones de acuerdo con las normas que regulen dicha actividad, el otro progenitor tendrá derecho a suspender su contrato de trabajo por el periodo que hubiera correspondido a la madre.

La Comisión de Igualdad, cuyo criterio ha hecho suyo y adoptado la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial en el acuerdo impugnado, entiende que en este caso "la madre de su hija sí

tiene derecho a maternidad con prestaciones de acuerdo con las normas que regulan su actividad profesional (artículo 10 Estatutos de la Mutualidad General de la Abogacía)". Se trata de un pago único que, para la resolución, sólo atendería a cubrir de forma estricta la ausencia de rentas durante el periodo mínimo indispensable para su recuperación postparto. No cumpliría por ello las funciones esenciales asignadas al permiso por maternidad, de acuerdo con la Directiva 92/85/CEE, del Consejo, de 19 de octubre de 1992 y la jurisprudencia del TJUE que cita (STJUE de 19 de septiembre de 2013, asunto Betriu Montull). Considera la resolución que, aun no siendo el padre miembro de la carrera judicial, tampoco sería aplicable al caso el artículo 48.3 del Estatuto de los Trabajadores por lo dispuesto en el artículo 4.3 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo . Se daría una situación de desigualdad respecto a otros trabajadores por "la percepción de dos prestaciones duplicadas por el mismo hecho causante, la pareja la prestación/indemnización íntegra prevista para el supuesto de parto por la Mutualidad General de la Abogacía, y el Sr. Carlos José la prestación íntegra correspondiente al permiso por parto de los miembros de la carrera judicial". Por ello no cabe reconocerle 16 semanas.

Sí cabe reconocer, en cambio, el derecho a disfrutar de un periodo inferior a las 16 semanas. Ese periodo sería el equivalente "de toda aquella parte del permiso por parto que no pueda considerarse cubierta a través de la indemnización mediante pago único percibida por la madre de su hija, con el límite legal de 10 semanas".

El recurrente niega esta interpretación reductora y afirma que el artículo 48.4 ET sí es aplicable porque la madre no tiene derecho en este caso a "suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones", por lo que considera que la resolución de la Comisión Permanente incurre en una cierta contradicción pues, por una parte, considera que el pago único de la Mutualidad de la Abogacía no cumple las funciones asignadas al permiso por maternidad y, por otra, entiende que sí cumple las exigencias en cuanto a las seis semanas para su recuperación biológica. No cree que sea aplicable la reducción por el juego del artículo 3.4 del Real Decreto 295/2009 , porque su redacción es muy similar al ET y su referencia a prestaciones debe interpretarse en el mismo contexto.

Aduce que el régimen del ET no sería aplicable a la carrera judicial, porque las licencias no afectan a su régimen retributivo (artículo 375.3 LOPJ).

Niega, en fin, que exista doble pago criticando la resolución impugnada.

Finalmente termina pidiendo a la Sala que:

«[...] acuerde estimar íntegramente ésta según lo alegado en el cuerpo de este escrito con carácter principal y subsidiario y a todos los efectos retributivos y legales debiendo en todo caso tal y como hizo la Comisión Permanente imputar dicho tiempo al tiempo en que el padre estuvo en situación de excedencia, dejando sin efecto la resolución impugnada en dicho sentido».

Solicitó el recibimiento a prueba en el que expresó los puntos de hecho y los medios de prueba que se proponían, así como el trámite de conclusiones escritas.

QUINTO.- El Abogado del Estado contestó la demanda mediante escrito de 26 de septiembre de 2017.

Sostiene que no resulta posible reconocer al recurrente el derecho que pide con fundamento en una aplicación analógica del artículo 48.4 párrafo 3 del Estatuto de los Trabajadores .

Considera que la madre de su hija, abogada por cuenta propia, tiene el derecho a la maternidad con prestaciones. Lo son de acuerdo con el artículo 10 de los Estatutos de la Mutualidad General de la Abogacía, que contempla la incapacidad temporal profesional como una indemnización de carácter económico y de pago único, con el objeto de cubrir la ausencia de ingresos o rentas durante los días posteriores al parto. Eso es prestación. Si se accediese el disfrute íntegro del derecho a 16 semanas se estaría colocando al actor en una situación más ventajosa que el resto de trabajadores y funcionarios, al percibir dos prestaciones duplicadas por un mismo hecho causante.

Termina suplicando a la Sala que:

«[...] tras la tramitación pertinente dicte sentencia desestimatoria de la misma».

SEXTO. - Por decreto de 28 de septiembre de 2017 se tuvo por contestada la demanda y se fijó la cuantía del recurso en indeterminada. Se pasó el recurso al ponente para el recibimiento a prueba.

Por Auto de 13 de octubre de 2017 se acordó el recibimiento a prueba admitiendo la documental propuesta por la recurrente y teniendo por reproducidos los documentos del expediente administrativo.

SÉPTIMO. - Dado traslado para conclusiones la parte actora insiste en sus alegatos de demanda.

El Abogado del Estado insiste en que los razonamientos que adujo en la contestación a la demanda.

OCTAVO. - Concluidas las actuaciones en providencia de 7 de mayo de 2018 se señaló para la votación y fallo del recurso la audiencia del día 7 de junio 2018, fecha en la que se inició la deliberación, que concluyó en los días posteriores siguientes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO. El acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial aquí recurrido estima parcialmente la pretensión formulada por el recurrente y, como ya dijimos, le deniega el derecho a disfrutar de una licencia por maternidad de 16 semanas de duración, pedida como consecuencia del nacimiento de su primera hija el NUM000 de 2016 (como se acredita al folio 25 del expediente en el documento anexo como 2 al recurso de alzada).

La Comisión Permanente atiende, para hacerlo, «a las consideraciones expuestas en el informe recabado de la Comisión de Igualdad que asume en su integridad, sirviendo como complemento de la motivación de la presente resolución» (FJ 3). En consecuencia reconoce al recurrente «el derecho a disfrutar de las 10 semanas de permiso por parto que tanto el artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores como el artículo 49 a) del Estatuto Básico del Empleado Público y el artículo 218.2 del Reglamento 2/2011 de la Carrera Judicial permiten ceder al disfrute paterno; imputándose todo el tiempo que el magistrado recurrente haya estado en excedencia voluntaria para cuidado de la menor a dicha licencia por maternidad concedida, con el límite de las 10 semanas de duración máxima del disfrute por cesión, y a todos los efectos retributivos y legales».

SEGUNDO.- El magistrado recurrente insiste en esta vía jurisdiccional en que se le conceda en forma íntegra el derecho a disfrutar de un permiso de 16 semanas.

Es esa la única cuestión en litigio: Si en lugar de las 10 semanas de permiso por parto, ya reconocidas al actor en la resolución impugnada, tiene éste derecho a disfrutar de las 16 semanas de licencia por maternidad.

TERCERO.- Para denegar esa petición de 16 semanas de permiso la resolución recurrida se funda en que no sería posible aplicar en este caso, y a tal petición, el apartado 3 del artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores (RDL 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores).

Este precepto, que regula la suspensión con reserva del puesto de trabajo en el supuesto de parto, con una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, establece:

«En el caso de que la madre no tuviese derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones de acuerdo con las normas que regulen dicha actividad, el otro progenitor tendrá derecho a suspender su contrato de trabajo por el periodo que hubiera correspondido a la madre, lo que será compatible con el ejercicio del derecho reconocido en el apartado 7» (el permiso de paternidad que comporta la suspensión del contrato durante cuatro semanas).

Aunque la propia resolución impugnada ha entendido aplicable en forma analógica esa norma al recurrente, y como razón de decidir para la concesión de su permiso de 10 semanas, considera, sin embargo, que no es aplicable en toda su extensión de 16 semanas. Aprecia que no se daría el supuesto de hecho del transcrito artículo 48.4, apartado 3 ET para ello, porque la pareja del recurrente y madre de su hija tiene «derecho a prestaciones» de acuerdo con las normas que regulan su actividad profesional.

Ese derecho a prestaciones dimanaría de que ejerce como Abogada por cuenta propia y está afiliada, como tal, a la Mutualidad General de la Abogacía e integrada en su Plan Universal que contempla la garantía de maternidad y lactancia dentro de la cobertura por incapacidad temporal profesional y, conforme al artículo 10 de los Estatutos de la Mutualidad General de la Abogacía, tiene derecho a percibir una indemnización en forma de pago único.

CUARTO.- Para resolver la cuestión litigiosa hay que atender al artículo 373.2 de la Ley orgánica del poder judicial . Regula las licencias de los jueces y magistrados y establece:

«También tendrán derecho a una licencia en caso de parto, adopción y acogimiento tanto preadoptivo como permanente, cuya duración y condiciones se regularán por la legislación general en esta materia. El Consejo General del Poder Judicial, mediante reglamento, adaptará dicha normativa a las particularidades de la Carrera Judicial».

El Reglamento 2/2011, de 28 de abril, de la Carrera Judicial es el reglamento llamado a adaptar el precepto legal a la carrera judicial en los apartados 1 y 2 de su artículo 218 , que están redactados, en lo que interesa, en los siguientes términos:

«1. Las juezas y magistradas tendrán derecho en caso de parto a una licencia de dieciséis semanas ininterrumpidas, que se ampliarán en dos semanas más en el supuesto de discapacidad del hijo y por cada hijo a partir del segundo, en los supuestos de parto múltiple [...].

2. La interesada distribuirá libremente el período de licencia, siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto. El otro progenitor miembro de la Carrera Judicial tendrá derecho al disfrute del referido periodo para el cuidado del hijo en caso de fallecimiento de la madre. Cuando ambos progenitores trabajen, la madre, al iniciarse el periodo de descanso por maternidad, podrá optar porque el otro progenitor disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del periodo de descanso posterior al parto, bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre. En el caso de disfrute simultáneo de ambos periodos de descanso, la suma de los mismos no excederá de las dieciséis semanas previstas o de las que correspondan en caso de discapacidad del hijo o en caso de parto múltiple. A solicitud del interesado, el permiso se podrá disfrutar a jornada completa o con reducción de la jornada de audiencia pública en los términos previstos en el art. 223».

QUINTO.- Un primer examen revela que el Reglamento 2/2011 no contempla, en su tenor literal y en su ámbito de aplicación, un supuesto como el aquí se enjuicia, en el que la madre trabaja por cuenta propia y no tiene derecho a suspender su actividad profesional ni a un periodo de descanso por maternidad.

La adaptación que ha realizado el artículo 218 del artículo 373.2 de la LOPJ parece inspirarse, en su redacción actual, en el artículo 49 del Estatuto Básico del Empleado Público que tampoco contempla, en su Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre , un supuesto como el que aquí se nos ha planteado.

SEXTO. - Esta primera apreciación no permite, no obstante, llegar la conclusión de denegar lo que se pide e incluso toda la petición que se formuló y entender que, a falta de previsión reglamentaria, no procedía conceder las 10 semanas de permiso retribuido.

Una posible denegación porque el supuesto no está previsto por la norma idónea para ello sería contradictoria con la adoptada en el acuerdo recurrido, que ha efectuado una interpretación correctora de la normativa del Reglamento 2/2011 y ha atendido a la finalidad de lograr una adecuada conciliación de la vida personal y familiar. Además esa hipotética interpretación afectaría « *in peius* » al recurrente y nos conduciría al resultado indeseable de que ninguno de los progenitores pudiese disfrutar de un periodo de suspensión de su actividad profesional ni de cuidado efectivo de la recién nacida (afectando al artículo 39.3 CE). Por último, aunque no en orden de importancia, sería inadmisibles por contraria al Derecho de la Unión Europea.

SÉPTIMO.- Es acertada por ello la interpretación correctora del Reglamento 2/2011 que la Comisión Permanente, haciendo suyo el criterio de la Comisión de Igualdad, ha dado a la normativa legal que aplica, atendiendo a las Directivas 92/85/CE, del Consejo de 19 de octubre de 1992, 96/34/CE, del Consejo, de 3 de junio de 1996 y 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de

2006. Esa normativa lleva a considerar [§§ 48 y 53 de la STJUE de 16 de julio de 2015, asunto juez Konstantinos Maïstréllis contra Ministerio de Justicia (C-222/14)] que el Reglamento 2/2011, aun en su redacción actual, no puede ser interpretado en el sentido de privar al recurrente del derecho a un permiso parental porque su pareja, progenitora de su hija, no ejerza una actividad laboral o profesional por cuenta ajena.

OCTAVO. - La interpretación que ha dado el acuerdo recurrido a la normativa aplicable no se debió detener, sin embargo, en la simple concesión del permiso de 10 semanas, sino que debió conceder al recurrente las 16 semanas que solicita. Esta apreciación nos obligará a dar la razón a la demanda y a estimar íntegramente el recurso, por las razones que a continuación pasamos a exponer.

La Comisión de Igualdad ha entendido que "la madre de su hija si tiene derecho a maternidad con prestaciones de acuerdo con las normas que regulan su actividad profesional". Esa circunstancia se apoya en la apreciación de que "la protección que va a recibir la madre por el hecho del parto se limita a cubrir y de forma estricta la ausencia de rentas durante el periodo mínimo indispensable para su recuperación biológica" (Fundamento 3º del análisis de fondo).

Sin embargo, esta Sala aprecia, y declara probado, que no existe en autos ningún dato que indique cuál es la cantidad que, como pago único, debía percibir la madre de la Mutualidad General de la Abogacía, lo que impide valorar su suficiencia o insuficiencia a los efectos que le otorga la resolución impugnada, ni tampoco indicio alguno que avale la afirmación de que ese pago único a percibir por la madre esté destinado precisamente a cubrir el periodo mínimo de recuperación biológica postparto. La resolución recurrida cita la doctrina de la STC 75/2011, de 9 de mayo , pero de ella no se infiere desde luego una afirmación semejante.

De la prueba que obra en el proceso resulta precisamente lo contrario de lo que se acaba de expresar. El certificado de la Mutualidad General de la Abogacía de 6 de mayo de 2016 (que figura en el expediente como documento 3 de los incorporados al recurso de alzada en vía administrativa) demuestra que el Plan Universal en el que está integrada la pareja del recurrente no contempla en ningún caso la protección por maternidad de 16 semanas retribuidas que la Ley establece como descanso por maternidad ni el periodo de lactancia, aunque sí contempla la garantía de maternidad y lactancia con una indemnización de carácter económico de pago único por parto/lactancia.

Apreciamos que esa indemnización de pago único es imputable tanto al parto como a la lactancia por lo que carece de sentido, y de apoyo probatorio, llamarla a cubrir, de forma estricta por insuficiencia, sólo la ausencia de rentas durante el periodo mínimo indispensable para la recuperación biológica de la madre tras el parto, protegiendo así únicamente la «maternidad biológica» (STC 75/2011 , FFJJ 2 c; 8).

NOVENO. - Lo que se acaba de exponer priva de consistencia a la resolución que se impugna en el extremo que deniega en forma parcial la pretensión del actor.

Tiene razón el recurrente cuando razona que el acuerdo de la Comisión Permanente incurre en contradicción ya que, por una parte, se basa en considerar que el pago único a percibir por la madre no es equiparable al «pago por prestaciones» porque solo protege la recuperación biológica y desatiende las demás funciones esenciales que tiene asignada la licencia por parto, según la doctrina de la STC 75/2011 , pero, de la otra, sostiene que ese pago único sí es un «derecho a prestaciones» que obliga a excluir la aplicación analógica del artículo 48.4, 3º ET y el derecho del padre a las seis semanas en que insiste.

Si la segunda alternativa de las que acabamos de enunciar fuera cierta el demandante no tendría derecho alguno. Esa interpretación es inadmisibles, porque, de nuevo, vería empeorada su situación en contra de lo que ya le reconoce la propia resolución atacada y en una interpretación indeseable que privaría a ambos padres del permiso parental, en detrimento de los cuidados de la menor a que dicho permiso sirve y en forma contraria a los principios del derecho de la Unión Europea. Si la primera de las alternativas es la correcta, como entendemos, carece de sentido considerar como «derecho a prestaciones» un pago que es insuficiente para los fines a los que sirve el permiso parental (por todas, STC 75/2011 ya citada). Por ello resulta obligado reconocer al demandante el derecho a disfrutar del permiso durante las 16 semanas que solicita.

DÉCIMO. - La madre de la niña no tiene «derecho a prestaciones». Un pago único no puede atribuirse a un periodo concreto del proceso de parto y lactancia para el que se concede porque lo que no tiene duración y, por ello, queda fuera de la exclusión que establece el artículo 3.4 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, que habla de subsidios vinculados a periodos.

Por otra parte, el pago único no ha permitido a la madre «suspender su actividad profesional», por lo que sí es factible la aplicación analógica a la petición del citado artículo 48.4 3º ET, para conceder al demandante el derecho que solicita por las mismas razones por las que se le han reconocido ya las 10 semanas en la resolución impugnada. Como la madre no ha suspendido actividad ni ha iniciado periodo de descanso alguno nada se opone, sino que aconseja, a que los mismos sean disfrutados por el padre en beneficio de la menor.

Tampoco apreciamos, por la naturaleza compleja del permiso parental (por todas, STC 75/2011) que un simple pago único suponga doble pago o duplicación de prestaciones, que es lo que trata de evitar la resolución recurrida, cuando resulta obvio que el permiso parental tiene una significación muy distinta, para los progenitores, para el cuidado del menor y para el propio interés general, a la del simple percibo de una cantidad que resarza de gastos de maternidad y lactancia.

UNDÉCIMO.- Lo expuesto conduce a una estimación del recurso, con anulación del acuerdo recurrido en el extremo en que no accede a conceder al recurrente el derecho a disfrutar de 16 semanas de licencia por el nacimiento de su hija y con reconocimiento de dicho derecho y de que se impute a la licencia de 16 semanas el tiempo que haya estado en excedencia voluntaria para cuidado de su hija.

En aplicación de lo previsto en el artículo 139.1 de la Ley de este orden de Jurisdicción, no hacemos imposición de costas a la parte recurrida. Pese a haber visto rechazadas todas sus pretensiones, es claro que el caso presenta serias dudas de derecho.

Por lo expuesto,

FALLO:

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

1º) Que debemos estimar y estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por don Carlos José, contra el acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial de 29 de diciembre de 2016.

2º) Anulamos dicho Acuerdo en el extremo que desestima que el permiso por maternidad solicitado por el recurrente se extienda a 16 semanas. En su lugar le reconocemos dicho derecho, debiéndose imputar el tiempo en que el magistrado recurrente haya estado en situación de excedencia voluntaria para cuidado de la menor a dicha licencia por maternidad de 16 semanas.

3º) Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia, por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente en estos autos, estando celebrando audiencia pública, la Sala Tercera del Tribunal Supremo, lo que como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.-

El presente texto proviene del Centro de Documentación del Poder Judicial. Su contenido se corresponde íntegramente con el del CENDOJ.