



RECIBIDA
12 NOV. 2013
SECRETARIA JURIDICA - U.G.T.

2013/2013
FETE
EZQUERRA

JUZGADO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 11 DE BARCELONA

Recurso de amparo ordinario - derechos fundamental nº 173/2013-C

Parte actora:

Representante de la parte actora: ESCUDERO LUIS EZQUERRA

Parte demandada: DEPARTAMENT D'ENSENYAMENT DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA

Representante de la parte demandada: LETRADO DE LA GENERALITAT MINISTERIO FISCAL

ESCUDERO

Resolución: sentencia de 30-10-13

DILIGENCIA DE NOTIFICACIÓN POR CORREO.- En Barcelona, a treinta de octubre de dos mil trece.

La extiendo yo, el Secretario Judicial, para hacer constar que por correo certificado con acuse de recibo se procede a notificar la anterior resolución a **UGT (ESCUDERO LUIS EZQUERRA)**, con domicilio en **Rambla Santa Mónica nº 10, 2º de 08002 BARCELONA**, a los efectos prevenidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, de lo que doy fe.



JUZGADO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO 11 DE BARCELONA
Ronda Universidad nº 18, 8ª planta
08071-Barcelona

Procedimiento Protección Derechos Fundamentales núm. 173/2013-C
Sentencia número 287/2013

Parte actora: [redacted]
Representante: LUIS EZQUERRA ESCUDERO

Parte demandada: DEPARTAMENT D'ENSENYAMENT - GENERALITAT DE CATALUNYA
Representante: ABOGADA DE LA GENERALITAT

SENTENCIA

En Barcelona, a 30 de octubre de 2013.

Vistos por el Ilmo. Sr. D. Pedro Luis García Muñoz, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo 11 de Barcelona los presentes autos seguidos por el PROCEDIMIENTO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA, instados por [redacted] A [redacted], contra la Resolución de 2 de abril de 2013 que desestima el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución de 14 de febrero de 2013 de la directora de los Servicios Territoriales de Barcelona Comarcas, DEPARTAMENT D'ENSENYAMENT - GENERALITAT DE CATALUNYA, en el ejercicio que confieren la Constitución y las Leyes, se ha pronunciado la presente sentencia con arreglo a los siguientes:



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la parte actora se interpuso en fecha 7 de mayo de 2013 recurso contencioso-administrativo de protección jurisdiccional de los Derechos Fundamentales contra la actuación del DEPARTAMENT D'ENSENYAMENT - GENERALITAT DE CATALUNYA en el que expresó con precisión y claridad el derecho o derechos cuya tutela se pretende y, de manera concisa, los argumentos sustanciales que dan fundamento al recurso.

SEGUNDO.- En el día siguiente a la presentación del recurso se requirió con carácter urgente al órgano administrativo correspondiente para que remitiera el expediente acompañado de los informes y datos que estimara procedentes. Recibido el mismo y acordada la prosecución del procedimiento especial, se puso de manifiesto al recurrente el expediente y demás actuaciones para que pudiera formalizar la demanda y acompañar documentos. Formalizada la demanda, se dio traslado de la misma al Ministerio Fiscal y a las partes demandadas para que, a la vista del expediente, presentaran sus alegaciones y acompañaran los documentos que estimaran oportunos.

TERCERO.- La cuantía del presente recurso es indeterminada.

CUARTO.- Tras cumplir los trámites legales quedaron los autos conclusos y a la vista para dictar sentencia.

QUINTO.- En la tramitación de este procedimiento se han cumplido todos los trámites legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El presente recurso tiene como objeto la protección de los derechos fundamentales recogidos en los artículos 14 en relación con el 39.2 de la Constitución Española vulnerados por el DEPARTAMENT D'ENSENYAMENT - GENERALITAT DE CATALUNYA, en la Resolución de 2 de abril de 2013 que desestima el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución de 14 de febrero de 2013 de la directora de los Servicios Territoriales de Barcelona Comarcas, que deniega a la recurrente el permiso de lactancia. La demandante afirma su escrito de demanda que se le ha denegado el permiso de lactancia solicitado el 13 de febrero de 2013 en atención a que no tiene jornada completa. Su relación



de servicio es la de interina por sustitución a jornada completa en los términos que el Acuerdo del Gobierno 60/2012 permite para los interinos, es decir 0,86 por ciento de la jornada, máxima legal establecida en el Acuerdo 71/2012. La argumentación utilizada y el amparo legal de la decisión de la administración estaría en los criterios de la Dirección General del Profesorado y Personal Docente para el curso 2012/2013, que exige que para disfrutar de este permiso la persona debe ocupar puestos de trabajo a jornada completa, lo que vulneraría los principios de igualdad y no discriminación por razón de sexo, con jurisprudencia constitucional amplia y pacífica, al ser negados los derechos fundamentales por constituir una discriminación directa por actuación de la administración en términos absolutos, como se dice en el escrito de demanda, que continúa señalando que la argumentación de una menor jornada, que no es de libre aceptación, como justificación para denegar este derecho de lactancia supone una clara discriminación que si deviene de norma aparentemente neutra, será una discriminación indirecta sin amparo legal. El escrito de demanda se razona la infracción del artículo 14 de la Constitución, no discriminación por razón de sexo, la falta de justificación, razonabilidad y proporcionalidad de la medida por el solo hecho de la duración del nombramiento, con infracción del mismo precepto, con cita de resoluciones del TJUE y del TC y, en tercer lugar, la vulneración del precepto en su vertiente de discriminación indirecta. Por ello solicita que se dicte sentencia por la que se declare nula la resolución impugnada que deniega el permiso de lactancia, se reconozca el derecho que le asiste a disfrutar de este permiso desde la fecha de efectos la solicitud, aunque la duración supere el plazo de 12 meses del menor o el máximo de 20 semanas o, para el caso de no proceder, se indemnice por los perjuicios causados por esta lesión del derecho fundamental en la compensación sustitutoria al tiempo que debiera haber disfrutado a razón de una hora diaria, desde la solicitud hasta el tiempo máximo para disfrutar este derecho.

SEGUNDO.- Por parte de la administración se contestó a la demanda alegando que la reducción de la jornada de la actora cuenta con fundamento legal, en concreto el Acuerdo de Gobierno 60/2012, de 26 de junio, que modifica los anteriores, por los cuales se adoptaban medidas excepcionales en materia de personal docente no universitario dependiente de la GENERALTAT DE CATALUNYA, Acuerdo que es una simple aplicación de la Disposición Transitoria Séptima de la Ley 5/2012, de 20 de marzo, por lo que la reducción de jornada de la actora es un acto de aplicación de esta norma, con cita de la sentencia 735/2012, de 5 de noviembre de la Sección Segunda del TSJC. En cuanto a los razonamientos jurídicos que deben llevar a denegar el amparo ordinario instado por la recurrente, se refiere en el escrito de contestación a la demanda a la improcedencia de un pronunciamiento por parte de un órgano jurisdiccional contencioso-administrativo, al tratarse de una reducción amparada por norma con rango de ley, dentro de las medidas adoptadas para la necesidad gente de reducción del déficit y de contención del gasto de personal, además de lo establecido en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril,



de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, que vincula a todos los poderes públicos, además del Real Decreto Ley 20/2011, de 30 de diciembre. Y por lo que se refiera la denegación del permiso de lactancia, se defiende la no vulneración del artículo 14 de la Constitución, señalando que la base 7.1 de los Criterios para la gestión de la bolsa de trabajo del personal docente para el curso 2012/2013 tiene como finalidad evitar el efecto perverso que puede producirse en la organización del servicio público educativo por la acumulación por parte de un sustituto de reducciones de jornada y de permisos de lactancia, lo que supone dejar sin cobertura un número considerable de horas lectivas, preservar una buena eficiente organización evitando que una única sustitución pueda ser cubierta por diversas personas; todo ello con cita del Real Decreto Ley 14/2012, de 20 de abril y jurisprudencia, con referencia a la sentencia 184/2012, de 6 de julio, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo 14 de Barcelona, que desestima el recurso interpuesto contra las instrucciones referidas a la gestión de la bolsa del personal interino docente para curso 2010/2011, por lo que se refiere al condicionamiento del disfrute del cualquiera reducción de jornada o permiso de lactancia. La Abogada de la administración ha defendido el ajuste a Derecho de los actos administrativos impugnados en este procedimiento de amparo ordinario.

TERCERO.- El Fiscal, tras relatar los datos de hecho del presente procedimiento de amparo ordinario instado por [REDACTED], establece que cabe afirmar la relevancia constitucional de la cuestión planteada, pues el TC ha destacado en numerosas resoluciones la incidencia que en el derecho consagrado en el artículo 14 de la Constitución tienen aquellas cuestiones que afecten al ejercicio del derecho a la maternidad, o al ejercicio por parte de la mujer de derechos asociados a la misma, por constituir una materia que se incardina en el derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo, con cita de las sentencias del TC de 5 de noviembre de 2007 y 15 de enero de 2007. El Fiscal considera que la decisión adoptada, justificada en los Criterios mencionados, no se compadece con lo establecido en la Ley 8/2006, de 5 de julio, de medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del personal al servicio de las administraciones públicas de Cataluña, plenamente aplicable al personal interino conforme al artículo 2, sin que la norma establezca restricción de ningún tipo en orden a disfrutar del permiso de lactancia en razón a la duración de la jornada laboral, además de señalar que la resolución impugnada carece de motivación, más allá de la simple cita de los Criterios para la gestión de la bolsa de trabajo del personal docente, por lo que interesa se dicte sentencia estimatoria por existir vulneración del artículo 14 de la Constitución.

CUARTO.- La demandante forma parte de la Bolsa de trabajo del personal docente para el curso 2012/2013, y fue nombrada como interina para cubrir una sustitución desde el 12 de septiembre de 2012 hasta el 30 de junio de 2013; jornada que no es completa, pues existe amparo legal en el establecimiento de una reducción de la jornada en un 15 por ciento de los puestos de trabajo



ocupados por personal interino. La actora MARÍA ELENA ALVAREZ, personal docente interina, solicitó un permiso de lactancia, primeramente con compactación, y el 13 de febrero de 2013 sin acumular en días las horas a que tenía derecho, y le fue denegado por no prestar servicios en jornada completa. Así establecidos los términos del debate en este procedimiento, hemos de realizar unas consideraciones generales sobre este recurso especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona, regulado en los artículos 114 y siguientes de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante LJCA). El mismo está previsto en este orden jurisdiccional para hacer valer, a través de una tramitación rápida y preferente, las pretensiones a que se refieren los artículos 31 y 32 de la misma, cuando el acto impugnado lesione alguno de los derechos y libertades susceptibles de amparo, esto es, los contemplados en los artículos 15 a 29 de la Constitución Española, así como el 14, y la objeción de conciencia reconocida en su artículo 30, por la remisión que se hace en el artículo 114 de la CE a las libertades y derechos previstos en su artículo 53.2. En este procedimiento especial la sentencia estimará el recurso cuando la disposición, la actuación o el acto incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder, y como consecuencia de la misma vulneren un derecho de los susceptibles de amparo, como dispone el artículo 121 de la LJCA. Cualquier otro posible motivo de impugnación que se funde en razones de legalidad ordinaria, y que sea por ello ajeno a los derechos fundamentales y libertades públicas, no puede ser enjuiciado ni decidido en este procedimiento especial. La aplicación de lo anterior al actual proceso obliga a hacer, con carácter previo, las siguientes puntualizaciones: a) La vulneración que la parte demandante invoca para justificar la utilización que hace del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de las personas está concretamente referida al derecho del artículo 14, en relación con el 39.2 de la Constitución. B) Consiguientemente, el único examen y enjuiciamiento que puede hacer en el actual proceso es el relativo a si es de apreciar o no la vulneración de esos derechos constitucionales en las concretas resoluciones administrativas que la demandante impugna. c) Cualquier otro motivo de nulidad que desde la perspectiva de la legalidad ordinaria pudiera afectar al acto administrativo aquí combatido no puede ser analizado en el actual procedimiento especial y deberá hacerse valer, si no se ha hecho y todavía se está dentro del plazo legal, a través del procedimiento ordinario.

QUINTO.- Los hechos no presentan dificultad alguna; la cuestión a determinar es si resulta razonable la supresión del derecho al permiso de lactancia por la circunstancia de tener la mujer trabajadora un contrato como interina o, en otras palabras, es contrario al principio de igualdad que el empleado público a jornada completa, sea funcionario de carrera o no, lo disfrute de acuerdo a los Criterios señalados, mientras que el personal interino, que por imperativo legal (cuestión que queda fuera de este procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales) no realiza la jornada completa aplicándosele un porcentaje de reducción, no pueda realizarlo. El TC desde su constitución,



sentencia 22/1981, de 2 de julio, asumiendo la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tiene señalado que el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el artículo 14 de la Constitución, sino tan sólo las que "introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable". El principio de igualdad proscrib, en definitiva, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados. También es necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos. El TC ha establecido criterios para efectuar el juicio de igualdad, y así ha señalado su carácter relacional conforme al cual se requiere como presupuestos obligados, de un lado, que, como consecuencia de la medida normativa cuestionada, se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas. Así como también que las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso. Sólo una vez verificado uno y otro presupuesto resulta procedente entrar a determinar la licitud constitucional o no de la diferencia contenida en la norma, en este caso concreto el diferente trato realizado al empleado público docente no universitario según tenga o no jornada completa. En este sentido, también hemos de atender a la voluntad del legislador de proteger, además del derecho al descanso voluntario originario de la madre tras la maternidad, otros intereses dignos de protección relacionados con el hecho del alumbramiento o, en su caso, adopción, como es la lactancia natural o no, por la especial relación de afectividad entre el progenitor y al recién nacido. Sabemos que el TC ha declarado incompatible con el principio de igualdad de trato las disposiciones y actos relativos a la protección de la mujer en relación con el embarazo y la maternidad, y calificando de discriminaciones directas por razón de sexo los tratos menos favorables a la mujer debidos a tales causas. Pero en el presente caso, estamos en un supuesto de discriminación indirecta que, ya adelantamos, va a llevar a estimar la demanda de amparo ordinario formulada por **MARIA TERESA ALVAREZ**, con fundamento, además de la ausencia de motivación, también en el déficit legal de la supresión del derecho de lactancia a empleados públicos interinos que, por disposición de la ley, tienen una reducción de la jornada laboral como medida de contención del gasto público.



SEXTO.- La preocupación por la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo fue pronto objeto de atención por la UE, que dio lugar a la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, si bien no definió los conceptos de discriminación directa o indirecta. Basándose en el artículo 13 del Tratado de la Comunidad Europea, el Consejo adoptó la Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, y la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que sí definen la discriminación directa o indirecta. La transposición de las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE en el Derecho español se verificó por las Leyes 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, y 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales administrativas y del orden social. Posteriormente, en el marco del art. 141.3 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, se adoptó la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE, incluyendo las definiciones de discriminación directa e indirecta por razón de sexo, en la línea de las definiciones contenidas en las Directivas de 2000 citadas. Más recientemente la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, ha refundido diversas Directivas en la materia, entre ellas la 76/207 CEE modificada por la 2002/73/CE. De este modo, el art. 14 de esta última Directiva prohíbe cualquier discriminación directa o indirecta por razón de sexo en relación con, entre otras, las condiciones de empleo y trabajo (art. 14.1.c). Este marco proporciona suficientes criterios para abordar la cuestión central de este juicio en el que, por medio de la aplicación de normas, criterios o interpretación existe discriminación indirecta, definida en el art. 2 de la Directiva 97/80/CE, del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo. Esta se produce cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutro afecte a una proporción sustancialmente mayor de miembros de un mismo sexo salvo que dicha disposición, criterio o práctica resulte adecuado y necesario y pueda justificarse con criterios objetivos que no estén relacionados con el sexo, criterio que debe hacerse extensivo al caso de por no prestar servicios a jornada completa, se prive del derecho a permiso para lactancia, lo que no se ampara en diferencias de trato por motivos de política social, en medidas tales como la no inclusión de los trabajadores a tiempo parcial en alguno de los regímenes de la Seguridad Social (STJCE de 14 de diciembre de 1995, asunto Megner y Schffel), o la falta de cobertura de determinadas prestaciones de Seguridad Social (STJCE de 14 de diciembre de 1995, asunto Nolte). Aquí nos encontramos meramente con



una reducción de jornada y en estos supuestos, cuando se trata de discriminación indirecta, no se exige aportar como término de comparación la existencia de un trato más beneficioso atribuido única y exclusivamente a los empleados públicos a jornada completa, como ha establecido el TC, pero es que en esto supuesto sí existe este término de comparación. El TC, en la sentencia citada por el Fiscal, de 15 de enero de 2007, rec. 6715/2003, ha otorgado amparo en el caso de restricción a la mujer del ejercicio de derecho a la reducción de jornada por guarda legal de un hijo menor de seis años: "Como recordábamos en nuestra STC 203/2000 refiriéndonos a una institución evidentemente próxima -en contenido y finalidad- a la ahora considerada, cual es la de la excedencia para el cuidado de hijos, "la realidad social subyacente a la cuestión debatida y a su trascendencia constitucional muestra, en palabras de la STC 240/1999, que 'el no reconocimiento de la posibilidad de obtener esa excedencia por parte de los funcionarios interinos produce en la práctica unos perjuicios en el ámbito familiar y sobre todo laboral que afectan mayoritariamente a las mujeres que se hallan en situación de interinidad', pues 'hoy por hoy son las mujeres las que de forma casi exclusiva solicitan este tipo de excedencias para el cuidado de los hijos' (FJ 5), por lo que 'en la práctica, la denegación de las solicitudes como la aquí enjuiciada constituye un grave obstáculo para la conservación de un bien tan preciado como es la permanencia en el mercado laboral que afecta de hecho mayoritariamente a las mujeres perpetuándose así la clara situación de discriminación que tradicionalmente ha sufrido la mujer en el ámbito social y laboral (STC 166/1988, FJ 2)' (FJ 7). De ahí que la STC 240/1999 declarase que las resoluciones denegatorias de la excedencia para el cuidado de hijo vulneraban el derecho de la recurrente a no ser discriminada por razón de sexo" (STC 203/2000, de 24 de julio, FJ 6). Es claro que estas consideraciones, efectuadas respecto de una solicitud de excedencia para el cuidado de hijos, son íntegramente trasladables al supuesto ahora analizado, referido a una reducción de jornada con idéntica finalidad. Siendo ello así, y reconocida la incidencia que la denegación del ejercicio de uno de los permisos parentales establecidos en la ley puede tener en la vulneración del derecho a la no discriminación por razón de sexo de las trabajadoras, es lo cierto que el análisis que a tal efecto corresponde efectuar a los órganos judiciales no puede situarse exclusivamente en el ámbito de la legalidad, sino que tiene que ponderar y valorar el derecho fundamental en juego. Como hemos señalado también en relación con el tema de la excedencia, los órganos judiciales no pueden ignorar la dimensión constitucional de la cuestión ante ellos suscitada y limitarse a valorar, para excluir la violación del art. 14 CE, si la diferencia de trato tiene en abstracto una justificación objetiva y razonable, sino que han de efectuar su análisis atendiendo a las circunstancias concurrentes y, sobre todo, a la trascendencia constitucional de este derecho de acuerdo con los intereses y valores familiares a que el mismo responde".

SÉPTIMO. - A criterio del representante de la Administración, se ha denegado el permiso de la recurrente, con base a consideraciones de estricta legalidad,



derivadas de las normas dictadas para la contención del gasto; sin embargo, la Resolución prescinde de toda ponderación de las circunstancias concurrentes y de cualquier valoración de la importancia que para la efectividad del derecho a la no discriminación por razón de sexo de la trabajadora (y también respecto del resto de empleados públicos a jornada completa), implícito en su ejercicio del derecho a la reducción de jornada por motivos de lactancia, pudiera tener la concreta opción planteada y, en su caso, las dificultades que ésta pudiera ocasionar en el funcionamiento regular de la administración catalana para oponerse a la misma, más allá de evitar tener que sustituir al personal interino que precisamente ha sido llamado a sustituir a otro titular. Esto constituye un obstáculo para la compatibilidad de su vida familiar y profesional bajo pretexto de no realizar jornada completa, y una valoración adecuada de la dimensión constitucional desde el artículo 14 de la Constitución y, en general, la de todas aquellas medidas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los empleados públicos, estén sometidos a la legislación administrativa o laboral, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo de las mujeres trabajadoras, como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (artículo 39 de la Constitución), que ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa. Y aún más cuando la interpretación adopta una solución radical, la supresión del permiso, sin modular, por ejemplo, duración de la situación de interinidad, tiempo de la jornada de trabajo, proporcionalidad del derecho respecto a la misma, ... Es decir, se ha impuesto por criterios económicos una restricción a costa de la mujer trabajadora en casos de maternidad, y ello es un obstáculo injustificado para la permanencia en el empleo, en este caso interino, de la recurrente y para la compatibilidad de su vida profesional con su vida familiar, y en tal sentido, constituye una discriminación indirecta por razón de sexo, de acuerdo con la doctrina expuesta.

OCTAVO.- Otro motivo aparece para estimar la presente demanda de amparo jurisdiccional ordinario, y podemos apoyarlo en la sentencia del TSJ de Madrid, de 5 de abril de 2011, rec. 3684/2008, donde se estableció: "Sin embargo, se interpreta erróneamente esa disposición cuando se entiende, -y así parece hacerlo en este caso el órgano administrativo denegante-, que esa norma faculta a la Administración para decidir si otorga o no dicho permiso en función de las circunstancias organizativas que puedan tenerse en consideración, (siquiera en función de requisitos dados por Circular interna o por informes consultivos de órganos especializados), con lo cual, la previsión legal de mínimos a que alude la propia Abogacía del Estado no sería más que un desiderato o una cláusula meramente programática. Antes bien, hay que decir, -y no solo porque el artículo 6 del EBEP llame a la Ley de Cortes Generales para el desarrollo del mismo en la Administración General del Estado-, que la previsión básica opera siempre y con toda la energía, "en defecto de legislación aplicable", y que no cabe entender que la mención a "requisitos", -que el Estatuto Básico remite a su desarrollo normativo completo-, pueda



reconducirse a la aislada emisión de meros criterios administrativos internos que condicionen, limiten o anulen el derecho básico. Habrá de ser una normativa general del debido rango la que contenga las reglas sobre el momento idóneo para solicitar el disfrute del derecho y la que pueda limitar su ejercicio, es decir, una cosa es que la Administración pueda establecer criterios para organizar la concesión de las licencias y permisos, y otra muy distinta que al amparo de esa potestad de autoorganización se pretendan incluir condiciones no previstas en la Ley, sin darles la debida cobertura legal. No estamos diciendo que no se pueda imponer la condición que se ha exigido, - el art. 48.1 de la Ley 7/07 lo permitiría-, lo que no se puede es exigir el cumplimiento de una condición cuando no se ha divulgado dicha exigencia a través de la publicidad de las instrucciones". Y es lo que aquí sucede al restringirse un derecho con cobertura de ley material, por medio de disposiciones destinadas a la ordenación interna con claras dudas de su carácter reglamentario incluso, dentro de una resolución que no alcanza tampoco el estándar mínimo de motivación. En definitiva, procede estimar el recurso contencioso-administrativo.

NOVENO.- En cuanto a las consecuencias de la actividad vulneradora de los derechos fundamentales respecto de *[redacted]*, la petición realizada es que se dicte sentencia por la que se declare nula la resolución impugnada que deniega el permiso de lactancia, se reconozca el derecho que le asiste disfrutar de este permiso desde la fecha de efectos la solicitud, aunque la duración de este permiso supere el plazo de 12 meses del menor o el máximo de 20 semanas o, para el caso de no proceder, se indemnice por los perjuicios causados por esta lesión del derecho fundamental en la compensación sustitutoria al tiempo que debiera haber disfrutado a razón de una hora diaria, desde la solicitud hasta el tiempo máximo disfrutar este derecho. Pues bien, hemos de considerar la doctrina de la STS de 12 de julio de 2007 en la que se establece que: *"Es sabido que la responsabilidad de las Administraciones públicas en nuestro ordenamiento jurídico, tiene su base no solo en el principio genérico de la tutela efectiva que en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos reconoce el art. 24 de la Constitución, sino también, de modo específico, en el art. 106.2 de la propia norma constitucional disponer que los particulares en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo los casos de fuerza mayor, siempre que sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos; en el artículo 139, apartados 1 y 2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en los artículos 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa, que determinan el derecho de los particulares a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran siempre que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, y el daño sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado, habiéndose precisado en reiteradísima jurisprudencia que para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son*



precisos los siguientes requisitos: a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas. b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor. d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta". Más en concreto, la STSJ de Andalucía, sede en Sevilla, de 9 de junio de 2005, pone de manifiesto que la doctrina jurisprudencial "ha resuelto pacíficamente de forma positiva la posibilidad jurídica de la producción de supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración no sólo en relaciones externas con terceros ciudadanos, y así lo expresó el Tribunal Supremo en sentencia de 10 de abril de 2000, remitiéndose a la sentencia de 24 de febrero de 1994, que indicaba: Por eso importa subrayar que el sujeto activo de la relación jurídica de responsabilidad extracontractual por funcionamiento de un servicio público puede ser lo mismo un sujeto público que uno privado y de este tipo, un simple particular o un servidor público". Por ello declararemos el derecho al disfrute, y para el caso de no ser posible en atención a su nombramiento como interina, la compensación en días libres o, de no ser posible tampoco, la indemnización económica correspondiente, por ser lo más acorde con la plena vigencia del principio constitucional vulnerado.

DÉCIMO.- El artículo 139 de la LJCA, en la nueva redacción dada por el artículo 3.11 de la Ley 37/2011, de 10 octubre 2011, de medidas de agilización procesal, establece que: "1. 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. 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". En el presente caso aparecen aspectos sobre los que existe controversia jurídica razonable y de entidad, por lo que no han de imponerse las costas

FALLO

DEBO ESTIMAR Y ESTIMO el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el letrado LUIS EZQUERRA ESCUDERO, en nombre y representación de



...Z, DECLARANDO LA LESIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL establecido en el artículo 14 de la Constitución Española por causa de discriminación injustificada y, en consecuencia, son nulas la Resolución de 2 de abril de 2013 que desestima el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución de 14 de febrero de 2013 de la directora de los Servicios Territoriales de Barcelona Comarcas, DEPARTAMENT D'ENSENYAMENT - GENERALITAT DE CATALUNYA; en su lugar, declararemos el derecho al disfrute del permiso de lactancia desde la fecha de su solicitud y, para el caso de no ser posible en atención a su nombramiento como interina, la compensación en días libres o, de no ser posible tampoco, la indemnización económica correspondiente. En cuanto a las costas cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

MODO DE IMPUGNACIÓN:

Contra esta resolución cabe interponer recurso de apelación en un solo efecto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 121.3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Así por esta mi sentencia, de la que se unirá certificación a los autos originales, definitivamente juzgando en primera instancia, la pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Sr. Magistrado-Juez que la ha dictado, estando celebrando audiencia pública en el día de la fecha. Doy fe.