

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

RECURSO DE APELACIÓN N° 520/2011

SENTENCIA NUMERO 209/2012



ILMOS. SRES.
PRESIDENTE:
DOÑA ANA ISABEL RODRIGO LANDAZABAL

MAGISTRADOS:
DON ÁNGEL RUIZ RUIZ
DON JOSÉ ANTONIO ALBERDI LARIZGOITIA

En la Villa de Bilbao, a veintidós de marzo de dos mil doce.

La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por los/as Ilmos. Sres. antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso de apelación, contra la sentencia dictada el 12 de enero de 2011 por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 3 de Vitoria-Gasteiz en el recurso contencioso-administrativo número 524/2010, en el que se impugna la Orden dictada por el Consejero de Justicia y Administración Pública con fecha 10 de mayo de 2010, que desestimó el recurso de alzada interpuesto contra la resolución de 5 de febrero de 2010, de la Directora del IVAP; y reconoce el derecho de la recurrente a flexibilizar su jornada laboral para entrar a las 10,15 horas. (P.A)

Son parte:

- **APELANTE:** GOBIERNO VASCO-CONSEJERIA DE JUSTICIA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA-, representado y dirigido por el Letrado de sus Servicios Jurídicos.

- **APELADO:** D^a.

Ha sido Magistrada Ponente la Ilma. Sra. D^a. ANA ISABEL RODRIGO LANDAZABAL.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia identificada en el encabezamiento, se interpuso por GOBIERNO VASCO CONSEJERIA DE JUSTICIA Y ADMINISTRACION PUBLICA recurso de apelación ante esta Sala, suplicando se dictase sentencia por la que estime el recurso de apelación y declare conforme a derecho la resolución recurrida.

SEGUNDO.- El Juzgado admitió a trámite el recurso de apelación, dando traslado a las demás partes para que en el plazo común de quince días pudieran formalizar la oposición al mismo, y en su caso, la adhesión a la apelación .

Por D^a. en fecha 10 de marzo de 2011 se presentó escrito de oposición al recurso de apelación, suplicando se dictase sentencia por la que desestime íntegramente el recurso de apelación formulado por el apelante, todo ello con expresa condena en costas a la Administración demandada.

TERCERO.- Tramitada la apelación por el Juzgado, y recibidos los autos en la Sala, se designó Magistrado Ponente, y no habiéndose solicitado el recibimiento a prueba, ni la celebración de vista o conclusiones, se señaló para la votación y fallo el día 20/3/2012, en que tuvo lugar la diligencia, quedando los autos conclusos para dictar la resolución procedente.

CUARTO.- Se han observado las prescripciones legales en la tramitación del presente recurso de apelación.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se ha interpuesto recurso de apelación por la Letrada de los Servicios Jurídicos Centrales de la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco contra la sentencia de 12 de enero de 2011 dictada en el recurso contencioso-administrativo núm.524/2010 seguido ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Vitoria-Gasteiz.

La sentencia estimó el recurso interpuesto contra la Orden dictada por el Consejero de Justicia y Administración Pública con fecha 10 de mayo de 2010, que desestimó el recurso de alzada interpuesto contra la resolución de 5 de febrero de 2010, de la Directora del IVAP; y reconoce el derecho de la recurrente a flexibilizar su jornada laboral para entrar a las 10,15 horas.

La sentencia que se recurre en su FJ-4, se refiere a la STC 3/2007 de 15 de enero, la Ley 39/99 de 5 de noviembre (en su Exposición de Motivos), las Directivas 92/85/CEE de 19 de octubre y 93/34/CEE de 3 de junio, y LO 3/2007. Y extrae la conclusión de que

es el funcionario quien puede elegir "en principio, la parte de jornada a deducir que convenga a sus intereses, elección que, de no existir obstáculos, vinculará a la Administración", debiendo motivarse en caso contrario, por qué no se accede a lo solicitado; y a la misma conclusión se llega en relación con el horario.

La Administración discrepa de la sentencia, argumentando que vulnera el art. 10.4 del EA para el País Vasco, arts. 47 y 48.1 del EBEP, art. 72.2 de la Ley 6/89, y Acuerdo regulador arts. 20 y 44 (Decreto 83/2010 de 9 de marzo).

Se argumenta que se trata de una solicitud de flexibilidad horaria, no de reducción de jornada, que ya había sido otorgada. Se añade que mediante Circulares del Director de Negociación Colectiva, en desarrollo de los Acuerdos Reguladores de las condiciones de trabajo, se han fijado claramente los criterios respecto de la flexibilización horaria. Y que no cabe ampararse en normativa laboral, argumentando que la Comunidad Autónoma ha abordado una regulación propia de licencias y permisos que respeta los contenidos mínimos previstos en la legislación estatal. Se concluye que no es de aplicación supletoria el art. 30.1.g) de la Ley 30/84; que existe una regulación específica en el ámbito de la Comunidad Autónoma, y que para el permiso de guarda legal es aplicable el art. 72.2 de la LFPV, sin que se contemple derecho alguno a la concreción horaria de la reducción de jornada que debe desarrollarse en los términos de la Circular correspondiente.

Se alega que se interpreta incorrectamente el art. 44 del Decreto 83/2010, porque parte de considerar que el mismo tiene un "vacío normativo", al no prever la concreción horaria; para la concreción horaria debe estarse a los artículos correspondientes del Título III del Acuerdo regulador, y en todos los casos la flexibilidad horaria alcanza hasta las 9:30 horas.

La recurrente, funcionaria del Gobierno Vasco, solicitó con fecha 15 de enero de 2010 flexibilizar el horario de entrada al trabajo, hasta las 10:15 horas, con el fin de cumplir la guarda legal de su hijo menor de 12 años, para lo que solicitó en su día una reducción de media jornada. Se le denegó por considerar que no podía entrar más tarde de las 9:30 horas, conforme al art. 20.2 del Acuerdo Regulador (Decreto 83/2010 de 9 de marzo).

Conviene precisar que a la fecha de la solicitud, y a la fecha de la resolución de 5 de febrero de 2010, no se había publicado el Decreto 83/2010 de 9 de marzo, si bien en su art. 3 se establece: "*Artículo 3. Ámbito temporal.*"

El presente Acuerdo entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del País Vasco, y extenderá su vigencia desde el 1 de enero de 2010 hasta el 31 de diciembre de 2011, excepto en aquellas previsiones en las que expresamente se contemple otro plazo distinto."

En todo caso el Decreto 398/2005, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo del personal funcionario al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi y sus Organismos Autónomos, contenía previsiones similares en sus arts. 19 y 41. En concreto, en el art. 19.2 se establecía: *2.- El personal con hijos o hijas menores de 12 años dispondrá durante el período escolar de flexibilidad de entrada hasta las 09:30 horas, debiendo retrasar la salida en el tiempo suficiente hasta completar la jornada diaria.* Y el art. 20.2 del D. 83/2010, en los mismos términos *" 2. El personal con hijos o hijas menores de 12 años dispondrá durante el periodo escolar de flexibilidad de entrada hasta las 09:30 horas, debiendo retrasar la salida en el tiempo suficiente hasta completar la jornada diaria"*

SEGUNDO.- Por la Administración demandada se argumenta, en primer lugar, que la solicitud de la recurrente es de "flexibilidad horaria" y no "una reducción de jornada", reflexión de la que parece extraer la conclusión de que por aplicación de las Circulares del Director de negociación colectiva, en desarrollo de los Acuerdos Reguladores de las Condiciones de Trabajo, la concreción de la jornada debe realizarse dentro de los márgenes establecidos; en segundo lugar, se sostiene que se interpreta incorrectamente el art. 44 en relación con el art. 20 del Acuerdo Regulador (D. 83/2010 de 9 de marzo), y la Circular de 27 de enero de 2010 sobre jornadas y horarios.

Respecto de éste segundo argumento se sostiene la aplicación del art. 20.2 del Acuerdo Regulador, "hayan o no solicitado reducción de jornada y no como sostiene la sentencia recurrida para los supuestos de jornada ordinaria". El argumento se sostiene en la expresión "jornada diaria", que según se sostiene por la Administración, engloba la jornada "ordinaria" y la "reducida". En realidad el propio D. 83/2010 se refiere a la "jornada diaria" por contraposición a "jornada semanal"; y dentro de la jornada diaria, diferencia entre "jornada partida" y "jornada continua". El art. 20 del Acuerdo Regulador se refiere a la jornada diaria (art. 19 del D. 83/2010); pero no puede compartirse que la expresión incluya la "jornada reducida". Y es preciso recordar que el art. 19.5 del Acuerdo regulador, se refiere a las reducciones de jornada, pero no especifica horarios de entrada.

El art. 44 del D. 83/2010 establece: "Artículo 44._ Permiso por cuidado de menores con discapacidad, o familiares con enfermedad.

El personal que, por razones de guarda legal, tenga a su cuidado directo algún o alguna menor de doce años o persona discapacitada física, psíquica o sensorial que no desempeñe actividad retribuida, o familiar que padezca enfermedad grave continuada y conviva con el mismo, podrá solicitar un permiso consistente en una reducción de la jornada ordinaria de trabajo en un octavo, en un quinto, en un tercio o en la mitad de su duración, con la consiguiente reducción proporcional de sus retribuciones en todos sus conceptos."

El Decreto 83/2010 se refiere al permiso "consistente en una reducción de la jornada ordinaria de trabajo", lo que únicamente permite afirmar los márgenes máximos de entrada y salida: dentro de la jornada ordinaria de trabajo. Pero no concreta quién tiene el derecho a concretar la parte de jornada.

La Ley 39/99 de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, modificó el Estatuto de los Trabajadores, y, en concreto, introdujo el apartado 6 del art. 37 que establece que corresponde al trabajador la concreción horaria de la reducción de jornada, dentro de su jornada ordinaria. En el ámbito de la función pública, el artículo único apartado tres del RD 2670/1998 del 1 de diciembre (que desarrollaba el art. 30.1.f) de la Ley 30/84, de 2 de agosto), establecía que *“cuando lo permita la organización del trabajo de la unidad, se concederá al funcionario la parte de la jornada que convenga a sus intereses personales”*.

El art. 72.2 de la Ley 6/89 de 6 de julio, de la Función Pública Vasca establece que: *“2. El funcionario que por guarda legal tenga a su custodia directa a un niño menor de seis años o a un disminuido físico o psíquico que no desarrolle actividad retribuida alguna, tendrá derecho a la reducción en un tercio o en la mitad de la jornada laboral, con la reducción proporcional de todas sus retribuciones, incluidos trienios. La concesión de la reducción de jornada por razón de guarda legal será incompatible con el desarrollo de cualquier otra actividad, sea o no remunerada, durante el horario objeto de la reducción”*.

Por la Administración se sostiene que no cabe utilizar como parámetros de legalidad la normativa “laboral ni la cita de la jurisprudencia elaborada por el orden social”. Siendo esto así, conviene efectuar algunas precisiones.

En primer lugar, la Directiva 96/34/CE del Consejo de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES, tiene alcance general y se aplica a las relaciones de empleo del sector público, como se reconoce en la jurisprudencia del TSJCE; en este sentido, las sentencias de 2 de octubre de 1997, Gerster, C 1/95, Rec. p. I 5253, apartado 18, y de 11 de enero de 2000, Kreil, C 285/98, Rec. p. I 69, apartado 18. Y esta Directiva contempla el permiso parental como “un derecho individual” de los trabajadores (y trabajadores del sector público), consideración que mantiene igualmente la Directiva 2010/18/UE del Consejo de 8 de marzo de 2010, que deroga la anterior. Y para interpretar una disposición de Derecho comunitario debe tenerse en cuenta “no sólo su tenor, sino también su contexto y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forma parte” como se indica en las sentencias de 7 de diciembre de 2006, SGAE, C 306/05, Rec. p. I 11519, apartado 34, y de 19 de noviembre de 2009, Sturgeon y otros, C 402/07 y C 432/07, Rec. p. I 0000, apartado 41.

La dimensión constitucional de las medidas normativas tendentes a facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, viene afirmándose reiteradamente por el Tribunal Constitucional. Así la STC 14.3.11 (rec. 9145/2009), STC 14.3.11 (rec. 1091/2009), STC 15.1.07 (rec. 6715/2003), a la que se refiere la sentencia que se recurre. Aunque éstas sentencias del Tribunal Constitucional examinan supuestos relativos a trabajadores sujetos a la legislación laboral, resulta aplicable la doctrina constitucional que establece:

"Conforme ya indicamos, la dimensión constitucional de las medidas normativas tendentes a facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de las circunstancias personales (art. 14 CE), como desde la perspectiva del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), debe prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa que pueda suscitarse ante la aplicación a un supuesto concreto de una disposición que afecte a la conciliación profesional y familiar. Ello obligaba en el presente caso a valorar las concretas circunstancias personales y familiares que concurrían en el trabajador demandante, así como la organización del régimen de trabajo de la residencia de educación especial en la que prestaba servicios, para ponderar si la negativa empresarial a su pretensión de trabajar en horario nocturno constituía o no un obstáculo injustificado para la compatibilidad de su vida familiar y profesional. En relación con las circunstancias familiares concurrentes, conforme a los datos obrantes en las actuaciones, resultaba necesario tener en cuenta el número de hijos del recurrente, su edad y situación escolar, en su caso, así como la situación laboral de su cónyuge y la posible incidencia que la denegación del horario nocturno al recurrente pueda haber tenido para conciliar su actividad profesional con el cuidado de sus hijos. Asimismo era necesario valorar si la organización del trabajo mediante turnos fijo (diurno) y rotatorio de la residencia en la que presta servicios el recurrente permitía alteraciones como la interesada por éste sin poner el funcionamiento de la residencia en dificultades organizativas lo suficientemente importantes como para excluir tales modificaciones."

De lo expuesto hasta este momento, resulta que el permiso parental es un derecho individual del trabajador (y del funcionario); y que, en relación con el aspecto concreto que se plantea, respecto de los trabajadores sometidos a la legislación laboral se reconoce en el art. 37.6 como parte de ese derecho, el de la concreción horaria. También se reconoce en el ámbito de la función pública expresamente en el RD 2670/98, incluso con anterioridad a la Ley 39/99. La Administración demandada, sin embargo, concluye que en el ámbito de la Ley 6/89, no son los funcionarios sino la Administración quien puede decidir la concreción horaria en caso de reducción de jornada para el cuidado de hijos menores. Esta conclusión únicamente se apoya en el hecho de que así ha sido, según resulta de las Circulares que se aportan, que deciden unilateralmente con carácter general el horario en supuestos de reducción de jornada. Pero, como hemos indicado, no puede extraerse ni del Acuerdo Regulador, ni de la normativa aplicable, ni de la doctrina constitucional, ni de la configuración del permiso parental como derecho individual del trabajador, lo que explica que deba ser, precisamente, la Administración la que justifique la decisión denegatoria, atendidas las circunstancias concretas tanto del trabajador o trabajadora como del servicio.

Se comparte por ello la posición sostenida en la sentencia de instancia, que mantenemos.

TERCERO.- Con expresa imposición de las costas procesales causadas siguiendo el criterio establecido en el art. 139.2 LJCa., a la parte apelante cuyas pretensiones se desestiman.

Por lo expuesto,

FALLAMOS

QUE DESESTIMANDO EL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR LA LETRADA DE LOS SERVICIOS JURÍDICOS CENTRALES DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO DEBEMOS MANTENER LA SENTENCIA DE 12 DE ENERO DE 2011 DICTADA EN EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO NÚM.524/2010 SEGUIDO ANTE EL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO NÚM. 3 DE VITORIA-GASTEIZ; CON EXPRESA IMPOSICIÓN A LA PARTE APELANTE DE LAS COSTAS PROCESALES CAUSADAS EN SEGUNDA INSTANCIA.

Devuélvase al Juzgado de procedencia los autos originales y el expediente administrativo para la ejecución de lo resuelto, junto con testimonio de esta sentencia.

Esta sentencia es firme y contra la misma no cabe recurso alguno.

Así por esta nuestra Sentencia de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

BARROETA ALDAMAR 10-2ª Planta - C.P: 48001

N.I.G. P.V.: 01.02.3-10/001649

N.I.G. CGPJ: 01.059.33.3-2010/0001649

Procedimiento: Apelación 520/2011 - Sección 2ª

Juzgado origen: Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 3 de Vitoria-Gasteiz

Procedimiento origen: Abreviado 524/2010

Apelante: GOBIERNO VASCO CONSEJERIA DE
JUSTICIA Y ADMINISTRACION PUBLICA
Representado por: DEL GOBIERNO VASCO, LETRADOS
DE LOS SERVICIOS JURIDICOS

Apelado:
Representado por:

ACTUACION RECURRIDA:

FRENTE A LA ORDEN DICTADA POR LA CONSEJERA DE JUSTICIA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE FECHA 10 DE MAYO DE 2010, RECAIDA EN EL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO, POR EL QUE DESESTIMA EL RECURSO DE ALZADA INTERPUESTO CONTRA LA RESOLUCIÓN DICTADA POR LA DIRECTORA DEL INSTITUTO VASCO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE 5-2-10.

DILIGENCIA.- En BILBAO (BIZKAIA), a veintiocho de marzo de dos mil doce.

La extiendo yo, Secretario Judicial, para hacer constar que en el día de hoy la anterior sentencia, firmada por quienes la han dictado, pasa a ser pública en la forma permitida u ordenada en la Constitución y las leyes, quedando la sentencia original para ser incluida en el libro de sentencias definitivas de esta sección, uniéndose a los autos certificación literal de la misma, procediéndose seguidamente a su notificación a las partes. Doy fe.